التحكيم في عقود البترول

دكتور
سراج حسين محمد أبو زيد
مدرس القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق / ببني سويف
جامعة القاهرة

الطبعة الأولى

٢٠٠٠

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة



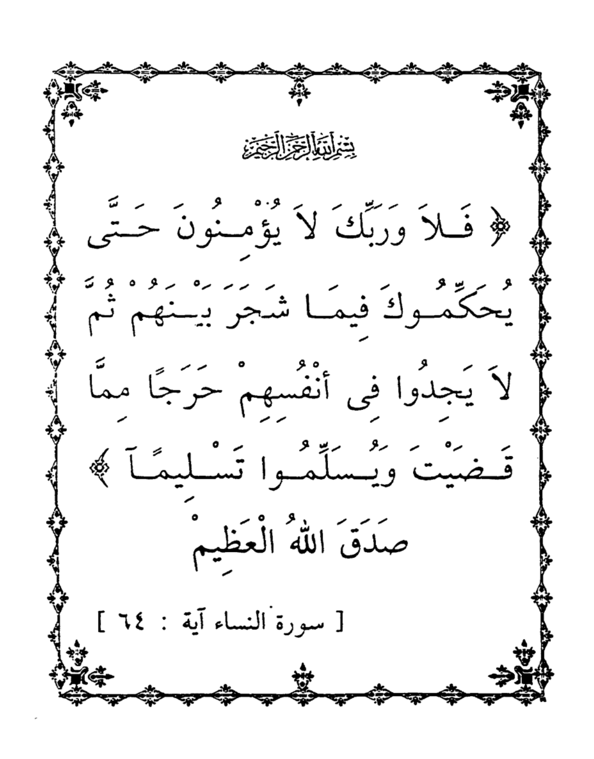
التحكيم في عقود البترول

دكتور
سراج حسين محمد أبو زيد
مدرس القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق/ ببني سويف
جامعة القاهرة

الطبعة الأولى

٢٠٠٠

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى
يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ
لاَ يَجِدُوا فِى أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا
قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

صَدَقَ اللهُ الْعَظِيمْ

[سورة النساء آية : ٦٤]

إهداء

إلى روح والدي

إلى والدتي أطال الله في عمرها

إلى زوجتي وابني

إلى إخوتي وكل أهلي وأحبابي

أهدي هذه الرسالة

شكر وتقدير

روى الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من لا يشكر الناس لا يشكر الله».

وتأسيا بهذا الأدب الرفيع أتوجه بخالص شكرى وتقديرى، وعظيم عرفانى وامتنانى، إلى أستاذى العظيم فى تواضعه، الكبير فى ترفعه، الحنون فى توجيهه، العالم فى فكره، إلى من حبانى بعطفه، وغمرنى بفضله، وكرمنى بشرف قبوله الإشراف على رسالتى، إلى أستاذى الجليل والعالم القدير: الأستاذ الدكتور/ **إبراهيم أحمد إبراهيم**، أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى الخاص بكلية حقوق - جامعة عين شمس. وأشهد أنه أخذ بيدى منذ اللحظة الأولى حتى ظهر هذا العمل إلى حيز الوجود، حيث لم يضنن على لحظة واحدة بعلمه ووقته وجهده، رغم ازدحام وقته وكثرة أعبائه، فقد ساهم فى هذا العمل إرشادا، وتوجيها، وتصحيحا. وأفسح لى من وقته. وأعطانى من جهده، كما أفسح لى من صدره فلم يضق يوما ما برأى ولم يعتذر عن عدم لقاء. ولا يسعنى أمام عجزى عن وفائه حقه إلا أن أدعو الله عز وجل أن يبقيه للعلم ذخرا ولطلابه سندا وعونا. راجيا الله أن يتولى عنى جزاءه أكرم وأفضل الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير لعالم من علماء القانون الدولى الخاص. الأستاذ الدكتور/ **أحمد صادق القشيرى** رئيس جامعة سنجور بالاسكندرية. لتفضله بالموافقة على المشاركة فى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور/ **عصام الدين القصبى**، أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى الخاص بجامعة المنصورة، لتفضله بالموافقة على المشاركة فى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة.

أسأل الله عز وجل أن ينفعنى بنصح أساتذتى وتوجيهاتهم.

مقدمة

حظى موضوع التحكيم باهتمام بالغ لم يسبق له مثيل على كافة المستويات. فعلى المستوى الدولى، تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة به. ففى ظل عصبة الأمم تم إبرام بروتوكول جنيف فى ٢٤ سبتمبر عام ١٩٢٣ بشأن الاعتراف بصحة شروط التحكيم، كما تم إبرام اتفاقية جنيف فى ٢٦ ديسمبر عام ١٩٢٧ بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية(١). وفى إطار منظمة الأمم المتحدة تم إبرام اتفاقية نيويورك فى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها(٢). كما تم إبرام الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى فى جنيف فى ٢١ إبريل سنة ١٩٦١(٣)، فى إطار اللجنة الاقتصادية الأوربية المنبثقة عن منظمة الأمم المتحدة. واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى فى واشنطن فى ١٨ مارس سنة ١٩٦٥(٤). وذلك فى إطار البنك الدولى للإنشاء والتعمير.

---

(١) انظر فى التعليق على هذا البروتوكول، وهذه الاتفاقية:
BERNARD (ALFRED), L'arbitrage volontaire en droit privé, L.G.D., Paris, 1937, P. 424 etS.

(٢) وقد انضمت مصر إلى هذه الاتفاقية فى ٩ مارس سنة ١٩٥٩. وقد تم نشر ترجمة عربية لنصوص الاتفاقية. انظر: الوقائع المصرية، العدد ٢٥، ٥ مايو سنة ١٩٥٩.
وانظر فى التعليق على هذه الاتفاقية:
SANDERS (P.), La convention de New - York, L'union international des avocats, 1960, P. 292. et Vingt années de la convention de New - York de 1958, D.P.C.I., 1976, P. 359.

(٣) انظر فى التعليق على هذه الاتفاقية:
KOPELMANAS (L.), La place de la convention européenne sur L'arbitrage commercial international du 12 Avril 1961 dans L'évolution du droit international de l'arbitrage, A.F.D.I., 1961, P. 331; KLEIN (F-E.), La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Rev. Crit., 1962, P. 621.

(٤) انظر نصوص هذه الاتفاقية منشورة فى: A.S.D.I., 1965, P. 220
وفى التعليق عليها انظر:
ROULET (J-D.), La convention du 18 Mars 1965 Pour -

كما أولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى أهمية خاصة للتحكيم، فوضعت قواعد خاصة به سنة ١٩٧٦(١). كما وضعت القانون النموذجى سنة ١٩٨٥(٢) لكى تسترشد به الدول عند إصدارها لتشريعات جديدة.

وقد نشأت العديد من مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولى. والتى من أهمها محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، والجمعية الأمريكية للتحكيم، ومحكمة لندن للتحكيم. كما أنشأت اللجنة القانونية الاستشارية الأفرو آسيوية مركزين للتحكيم أحدهما فى كوالالمبور بماليزيا والآخر بالقاهرة(٣).

وعلى المستوى الداخلى، تصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيم التحكيم وبيان قواعده، وتيسير أحكامه. وصدرت العديد من التشريعات الحديثة بشأن التحكيم من أهمها القانون الفرنسى للتحكيم الدولى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١(٤)، والقانون الايرلندى للتحكيم الصادر سنة ١٩٨٦(٥)، والقانون الأسبانى لسنة ١٩٨٨(٦)، والقانون الجزائرى

- le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États., A.S.D.I., 1965, P. 121.

(١) انظر فى التعليق على هذه القواعد:

FOUCHARD (Ph.), Le règlement d'arbitrage, clunet, 1979, P. 816.

(٢) انظر فى التعليق على هذا القانون:

FOUCHARD (Ph.), La loi - type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, clunet, 1987, P. 861; JARVIN (S.), La loi - type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, Rev. Arb., 1986, P. 509.

(٣) انظر: د. سامية راشد، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصرى، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٦.

(٤) انظر نصوص هذا القانون: Journal Officiel, 14 Mai 1981.

(٥) انظر نصوص هذا القانون: Rev. Arb., 1988, P. 349.

(٦) انظر نصوص هذا القانون: Rev. Arb., 1989, P. 353.

لسنة ١٩٩٢(١)، والقانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

وعلى الصعيد الفقهى، حظى موضوع التحكيم باهتمام بالغ من جانب الفقه وتربع على قمة الموضوعات التى شغلت أذهان الباحثين وجذبت أنظارهم. ولذا كثرت فيه المؤلفات، وعنيت به المعاهد العلمية(٢)، وعقدت من أجله العديد من الندوات والمؤتمرات العلمية(٣)، وتزايد عدد الرسائل العلمية التى تتناول جوانبه المختلفة(٤).

ولقد انتشر الأخذ بنظام التحكيم، وكثر الالتجاء إليه كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية، وبصفة خاصة تلك الناشئة عن عقود التجارة الدولية. وكان من أوائل هذه العقود وأهمها عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال. حيث يدل استقراء العديد من عقود البترول - خصوصا فى منطقة الشرق الأوسط - على اتجاه عام يكاد يغدو ظاهرة مشتركة هو الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنها بين الأطراف. ولكن السؤال الذى يثور هو لماذا يلجأ الأطراف فى عقود البترول إلى الأخذ بنظام التحكيم؟

---

(١) انظر نصوص هذا القانون: Rev. Arb., 1993, P. 478.

(٢) راجع، على سبيل المثال، أعمال مجمع القانون الدولى بدور انعقاده باسترذلم عام ١٩٥٧ والتوصيات التى أصدرها فى هذا الخصوص:
A.I.D.I., 1957, P. 394 etS.

(٣) ويمكن أن نذكر، على سبيل المثال، المؤتمرات التالية: مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٧ - ١٢ يناير عام ١٩٨٩، مؤتمر التحكيم الذى أقامته كلية حقوق عين شمس بالعريش فى سبتمبر عام ١٩٨٧، ومؤتمر التحكيم الذى عقد بشيراتون القاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر بالقاهرة عام ١٩٩٤، ومؤتمر التحكيم الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.

(٤) من ذلك: د. على رمضان على بركات: خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، رسالة دكتوراة، كلية حقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٦؛ د. اشرف عبدالعليم الرفاعى، النظام العام والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس، ١٩٩٧؛ أحمد حسان حافظ، التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، فى ١٩٩٨/٨/٢٠.

مبررات اللجوء إلى التحكيم فى عقود البترول:

قيل فى الأخذ بالتحكيم فى عقود البترول عدة مبررات يمكن أن نوجزها فيما يلى:

١ - إن الالتجاء إلى التحكيم أقل فى التكاليف وأسرع فى الإجراءات من الالتجاء إلى المحاكم الوطنية. فبالتحكيم تختصر درجات التقاضى ومراحله، حيث أن حكم التحكيم لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن فى الأحكام القضائية، الأمر الذى يختصر الإجراءات ويوفر النفقات(١).

بيد أن هذا القول ليس صحيحا على إطلاقه. فمن ناحية، قد يكون التحكيم أكثر كلفة من القضاء، حيث يدفع الأطراف أتعاب المحكمين، بينما القاضى يأخذ أجره من الدولة وليس من المتقاضى. ومن ناحية أخرى، قد تستمر بعض المنازعات أمام المحكمين بضع سنوات. ويمكن أن نذكر فى هذا الخصوص النزاع الذى ثار بين حكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للزيت (المسماة أرامكو). فقد استمر هذا النزاع أمام المحكمين منذ عام ١٩٥٥ إلى حين صدور حكم التحكيم فى عام ١٩٥٨(٢).

٢ - إن الفصل فى المنازعات الناشئة عن عقود البترول يحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظرا لتعلقها بمسائل فنية بحتة. فبدلا من عرضها على محكمة قضائية تحيلها فى أغلب الأحيان إلى خبير لابداء الرأى الفنى فيها، يكون من الأفضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات(٣).

بيد أن ما يحدث فى الواقع العملى على خلاف ذلك تماما. ففى كل المنازعات التى نشأت بصدد عقود البترول وتم اللجوء فيها إلى التحكيم، اختار الأطراف كمحكمين فقهاء ورجال قانون بارزين، وليسو خبراء فى صناعة البترول.

---

(١) انظر: د. محمد طلعت الغنيمى، شرط التحكيم فى اتفاقات البترول، مجلة الحقوق، السنة العاشرة، العدد الأول والثانى، ١٩٦٠ - ١٩٦١، ص ٤٢؛ وأيضا: د. أحمد أبوالوفا، التحكيم الاختيارى والاجبارى، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٩١.

(٢) انظر الحكم منشور فى: Rev. Crit., 1963, P. 272.

(٣) انظر: د. محمد طلعت الغنيمى، شرط التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٥٢، د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٩١.

٣ - إن التحكيم يعتبر بمثابة تأمين للشركات المتعاقدة ضد التعديلات التشريعية المفاجئة التى قد تخل بالتوازن الاقتصادى للعقد(١). وبصفة خاصة عندما يكون المحكم مفوضا من قبل الأطراف للفصل فى النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف (وهو ما يطلق عليه المحكم المفوض بالصلح)، لأن المحكم فى هذه الحالة لا يلتزم بتطبيق قانون دولة معينة، سواء أكان قانون الدولة المتعاقدة أو قانون دولة الشركة المتعاقدة(٢).

٤ - انعدام ثقة الشركات الأجنبية فى القضاء الوطنى للدول المنتجة. فهذا القضاء يعتبر - من وجهة نظر هذه الشركات - قضاءا غير محايد بالنسبة للمنازعات التى تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها طرفا فيها مع طرف أجنبى. ودرأ هذا الخطر الكامن فى انحياز القضاء الوطنى للدولة المتعاقدة لا يكون إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم(٣).

ويبدو لى أن انعدام ثقة الشركات الأجنبية فى القضاء الوطنى للدولة المتعاقدة، وكذلك رغبتهم فى التهرب من تطبيق قانونها الوطنى، هما المبرران الرئيسيان لحرص هذه الشركات على الالتجاء إلى التحكيم فى تعاملها مع الدول المنتجة للبترول.

أهمية موضوع البحث:

لقد جاء اختيارى لموضوع التحكيم فى عقود البترول بصفة خاصة مرتبطا بعدة عوامل من أهمها:

١ - على الرغم من أن موضوع التحكيم قد حظى باهتمام كبير من قبل الفقه الغربى، بيد أنه لم يحظ بنفس القدر من الاهتمام فى الفقه العربى إلا فى السنوات الأخيرة.

٢ - إذا كان التحكيم فى عقود المعاملات المدنية والتجارية العادية

---

(١) انظر: د. محمد طلعت الغنيمى، شرط التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) انظر: د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ٩١.

(٣) انظر فى نفس المعنى: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ص ٢٥٧ - ٢٥٨.

تنعقد له أهمية كبرى نظرا لكونه الإجراء الذى يتعين على الأطراف اللجوء إليه لتسوية أى نزاع أو خلاف.

تتضاعف بالنسبة للتحكيم فى عقود البترول. فالتحكيم هنا يستمد اهميته من أهمية عقود البترول ذاتها وكونها ترد على ثروات ذات أهمية حيوية للدول المنتجة لها.

٣ - إن التحكيم موضوع الدراسة يثير العديد من المسائل القانونية الجديرة بالبحث، من أهمها مسألة أهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى الإتفاق على التحكيم، وأثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية. هذا بالإضافة إلى مسألة القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم وموضوع النزاع الذى تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها طرفا فيه.

٤ - إن التحكيم موضوع الدراسة كان مسرحا لاختبار العديد من الأفكار المستحدثة التى قيل بها بشأن تحديد النظام القانونى الذى يحكم عقود البترول بصفة خاصة، والعقود المبرمة بواسطة الدولة أو أجهزتها بصفة عامة.

٥ - صدور العديد من أحكام التحكيم فى المنازعات التى نشأت بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم والتى لم تحظ بالقدر الكافى من الاهتمام من جانب الفقه العربى على الرغم من أنها قد أثارت مسائل قانونية على جانب كبير من الأهمية.

كل ذلك يكمن وراء إختيارى لهذا الموضوع «التحكيم فى عقود البترول».

خطة البحث:

يمر التحكيم فى عقود البترول، شأنه فى ذلك شأن أى تحكيم آخر، بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: وتتعلق باتفاق التحكيم، حيث يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، سواء اتخذ هذا الاتفاق صورة شرط تحكيم وارد فى العقد أو اتخذ صورة مشارطة تحكيم، أى اتفاق يبرمه الأطراف بغرض

اللجوء إلى التحكيم بصدد نزاع قائم بينهم بالفعل. ويثير اتفاق التحكيم العديد من المسائل من أهمها مسألة تحديد النظام القانونى الذى يحكم هذا الاتفاق. بيد أن الفصل فى هذه المسألة يتوقف على الفصل فى مسألتين أوليتين: تحديد نوع التحكيم فى عقود البترول من ناحية أولى، وتحديد نوعية العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول الوارد فيه أو المتعلق به من ناحية ثانية. كما يثير اتفاق التحكيم مسألة الآثار التى تترتب عليه ومدى تعارضها مع الحصانة القضائية والتنفيذية التى تتمتع بها الدولة والأجهزة العامة التابعة لها.

المرحلة الثانية: وتتعلق بخصومة التحكيم، وتبدأ بتشكيل محكمة التحكيم وتنتهى بصدور حكم التحكيم. ومن أهم المسائل التى تثار فى هذه المرحلة مسألتان غاية فى الأهمية: مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ومسألة القانون الذى يحكم موضوع النزاع الناشىء عن عقد البترول.

المرحلة الثالثة: وهى المرحلة التالية لصدور حكم التحكيم. وتثار فى هذه المرحلة، مسألة تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به، وكيفية الطعن فيه.

وإذا طرحنا جانبا المرحلة الأخيرة المتعلقة بحكم التحكيم من حيث الاعتراف به وتنفيذه وكيفية الطعن فيه، باعتبارها مرحلة مستقلة وقائمة بذاتها وتدور رحاها أمام القضاء الوطنى، فإن الدراسة سوف تنصب إذن على المسائل القانونية التى تثار فى المرحلتين الأولى والثانية. ومن ثم نقسم هذه الدراسة إلى بابين:

باب أول ونخصصه لاتفاق التحكيم، وباب ثان ونخصصه للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، على أن نمهد لذلك بباب تمهيدى نتعرف فيه على عقود البترول ونبين فيه خصائصها.

وأود أن أنوه من الآن إلى أمرين:

الأول: أن هذه الدراسة سوف تشمل المسائل القانونية التى يثيرها التحكيم فى عقود البترول بصفة خاصة. والمسائل التى يثيرها موضوع

التحكم بصفة عامة، وذلك لاعتبارين هما: أن تأتى الدراسة متكاملة، وأن أقدم للقارىء المهتم بهذا النوع من التحكيم القدر الكافى من المعلومات التى تعفيه من عناء البحث والتنقيب بين جنبات كتب فقه التحكيم عموما عن المبادىء والقواعد السائدة فى مجال التحكيم بصفة عامة والتى تنطبق بالضرورة على التحكيم فى عقود البترول.

الثانى: أننى سأتعرض فى كل مسألة من المسائل التى أتناولها لموقف الفقه والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية - ونقصد بها القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦، والقانون النموذجى الصادر عن نفس اللجنة، وتلك النافذة لدى أهم المراكز الدائمة للتحكيم - وكذلك موقف بعض القوانين الحديثة التى صدرت مؤخرا بشأن التحكيم.

وفى ضوء ما تقدم نقسم هذه الدراسة على النحو التالى:

الباب التمهيدى: التعريف بعقود البترول وبيان خصائصها.

الباب الأول: اتفاق التحكيم.

الباب الثانى: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع.

الباب التمهيدى

التعريف بعقود البترول وبيان خصائصها

تمهيد وتقسيم:

تعتبر عقود البترول(١) من العقود الحديثة النشأة نسبيا إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها فى المواد المدنية والتجارية سواء فى مجال المعاملات الداخلية أو فى مجال المعاملات الدولية الخاصة. فهذه

---

(١) يطلق على عقود البترول تسميات عديدة، فقد أطلق عليها بعض الفقهاء إصطلاح «الاتفاقيات البترولية»، (د. أحمد عبدالحميد عشوش: النظام القانونى للاتفاقيات البترولية فى البلاد العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٥). كما أطلق عليها البعض الأخر اصطلاح «عقد الامتياز البترولى». (د. محمد طلعت الغنيمى: تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولى، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربى السادس، بغداد، عام ١٩٦٧). ونحن من جانبنا قد فضلنا استخدام اصطلاح «عقد البترول» بدلا من الاصطلاحات الأخرى. وذلك لأن استخدام اصطلاح «عقد» يعبر بوضوح ودقة عن حقيقة المقصود، وأصدق فى دلالته على مضمون الاتفاق المبرم بين الأطراف، فى حين أن استخدام اصطلاح «اتفاقية» هنا يعد غير دقيق، إذ عادة ما يستخدم هذا الاصطلاح فى نطاق القانون الدولى العام عندما تبرم الدولة اتفاقية مع دولة أجنبية. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن كان استخدام اصطلاح «الامتياز» والذى ظل شائعا فى النصف الأول من القرن الحالى، له ما يبرره عندما كان الامتياز هو الشكل القانونى السائد لتنظيم العلاقة بين الدول المنتجة وشركات البترول، فلم يعد له اليوم ما يبرره بعد أن ظهرت أشكال قانونية جديدة حلت محل عقود الامتياز. هذا ولقد كان اصطلاح «عقد البترول» محل تفضيل من قبل جانب من الفقه، انظر على وجه الخصوص، مع المزيد من التفاصيل:

Mustapha (M.), Les aspects juridiques des rapports entre États producteurs de pétrole et compagnies pétrolières étrangères, Thèse, Paris, 11, 1971, P. 12 et ss. Spéc. P. 19.

وانظر أيضا د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والاجبارى، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٨٨، ص ٨٨ وبصفة خاصة ص ٩٥، هامش رقم (٢). وأيضا د. عبدالرحيم محمد سعيد، النظام القانونى لعقود البترول، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، خصوصا ص ٢ هامش رقم (١).

هذا ومما تجدر الاشارة إليه أن عقود البترول تدخل ضمن طائفة العقود التى يطلق عليها تسميات متنوعة مثل «اتفاقيات التنمية الاقتصادية» أو «الاتفاقيات شبه الدولية» أو «عقود الدولة» على نحو ما سنرى أثناء هذه الدراسة.

العقود، بالنظر إلى كونها بمثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية، لم تظهر إلى حيز الوجود الا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته، أى منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين(١). ومع ذلك، فإنه بانتشار عقود البترول فى النصف الأول من القرن الحالى، أصبحت هذه العقود محلا للكثير من الدراسات الفقهية، ومجالا خصبا لإعمال العديد من الأفكار والنظريات التقليدية والحديثة على حد سواء على نحو ما سنرى فيما بعد أثناء هذه الدراسة.

هذا ويخضع عقد البترول باعتباره عقدا للنظرية العامة للعقود شأنه فى ذلك شأن بقية العقود الأخرى. وعلى ذلك يجب لقيام عقد البترول وانعقاده أن تتفق إرادتان أو أكثر على إحداث الأثر القانونى المطلوب. فأساس أى عقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة المشتركة هى التى تنشىء العقد وتقيمه، كما أنها هى التى تحدد آثاره(٢).

ومع ذلك، يلزم لتمام عقد البترول أن يتم التصديق عليه من قبل السلطة التشريعية المختصة فى الدولة المتعاقدة.

ففى معظم الدول المنتجة للبترول - خصوصا فى منطقة الشرق الأوسط - تستلزم الأنظمة القانونية البترولية أن يتم التصديق على عقد البترول من قبل السلطة التشريعية وصدور قانون به وذلك نظرا لأهمية الثروة التى يعد العقد وسيلة لاستثمارها(٢). ولكن ذلك ليس معناه انتفاء

---

(١) فعلى الرغم من أن الانسان قد عرف البترول قديما واستخدمه منذ آلاف السنين، بيد أن إنتاج البترول وتطور صناعته لم يبدأ على نطاق واسع إلا فى النصف الثانى من القرن الماضى وذلك عندما نجح «إدوين دريك» فى ٢٨ أغسطس عام ١٨٥٩ فى حفر أول بئر لاستخراج البترول بالقرب من مدينة «تيوتوسفيل» بولاية بنسلفانيا فى الولايات المتحدة الأمريكية. راجع مع المزيد من التفاصيل: أ. د. مصطفى خليل، تطور الصراع نحو السيطرة على البترول العالمى، الكتاب الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٠، ص ٢٠ ومابعدها. وأيضا. د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ص ١١ - ١٢.

(٢) انظر د. عبدالفتاح عبدالباقى، نظرية العقد والارادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، عام ١٩٨٤، بدون دار نشر، ص ٤٠، بند ٢٦.

(٢) انظر : د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٤، ص ١٩٨. وأيضا:
Mustapha (M.), Op. Cit, PP. 40 - 41.

الطابع التعاقدى عن العقد، وأنه يعتبر بالتصديق عليه بمثابة قانون. إن الإجراء المتمثل فى التصديق على العقد من قبل السلطة التشريعية هو نوع من الرقابة التى تمارسها السلطة التشريعية على بعض أعمال السلطة التنفيذية التى تكون ذات أهمية حيوية للمجتمع بأسره(١).

ويعتبر عقد البترول، - بالنظر إلى تقسيمات العقود(٢) - من العقود الملزمة للجانبين، حيث إنه يرتب حقوقا والتزامات متبادلة على عاتق كلا الطرفين. كما أنه يعتبر من العقود طويلة المدة A long terme وذلك لأن البحث والتنقيب عن البترول، وكذلك إنتاجه واستغلاله يستغرق فترات زمنية طويلة(٣).

---

(١) انظر فى نفس المعنى: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢١٤. وانظر أيضا: حكم التحكيم الصادر فى النزاع الذى ثار بين حكومة السعودية وشركة الزيت العربية الأمريكية المسماة «أرامكو» عام ١٩٥٨ منشور فى: Rev. Crit, 1963, P. 272, Spéc. P.341 etS. حيث رفض النظر إلى العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة أرامكو فى ٢٩ مايو عام ١٩٣٣ والمصدق عليه بالمرسوم الملكى رقم ١١٣٥ فى ١٧ يوليو ١٩٣٣، والعقد المبرم بين حكومة السعودية وأوناسيس فى ٢٠ يناير عام ١٩٥٤ والمصدق عليه بالمرسوم الملكى رقم ٧٢٧ فى ٩ أبريل عام ١٩٥٤، على أنهما بمثابة قوانين حقيقية Véritables Lois، وأكد على الطابع التعاقدى المحض لهذين العقدين.

(٢) انظر فى تقسيمات العقود: د. عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، ص ٥٥ ومابعدها، بند ٢٠ ومابعده.

(٣) يلاحظ أننا لم نتعرض فى المتن لتحديد ما إذا كان عقد البترول من العقود المسماة أو من العقود غير المسماة، وذلك لأن هذا الأمر يتوقف على ما إذا كان المشرع قد تكفل بوضع أحكام خاصة به من عدمه. ومن ثم يمكن القول بأن عقد البترول يعد من العقود المسماة عندما يتناوله المشرع بالتنظيم ويضع أحكاما خاصة به، ويعد من العقود غير المسماة عندما لا يتكفل المشرع بوضع أحكام خاصة به.

كما يلاحظ أيضا أننا لم نبين ما إذا كان عقد البترول من العقود الرضائية وهى العقود التى تنعقد وتنتج آثارها بمجرد توافر الرضاء بها، أم من العقود الشكلية وهى العقود التى يستلزم المشرع لانعقادها أن يرد الرضاء بها فى شكل معين. وذلك لأن اعتبار عقد البترول من العقود الرضائية أو من العقود الشكلية يتوقف على القانون الذى يحكم إبرام العقد وما إذا كان يعتبر عقد البترول من العقود الرضائية أم من العقود الشكلية.

ومع ذلك يمكن القول بأن عقود البترول تعتبر من العقود الشكلية وذلك لأن الأنظمة القانونية فى العديد من الدول المنتجة للبترول - خصوصا فى منطقة -

وإلى جانب هذه الخصائص التى يشترك فيها عقد البترول مع غيره من العقود، يتمتع عقد البترول بخصائص ذاتية تميزه عن بقية العقود الأخرى سواء من حيث أطرافه أو المحل الذى يرد عليه، أو من حيث الأشكال المختلفة التى يتخذها، أو الحقوق والالتزامات المتبادلة التى يرتبها على عاتق طرفيه، أو من حيث الشروط التى يتضمنها.

فمن حيث أطراف عقد البترول فإن هذا العقد غالبا ما يتم إبرامه بين إحدى الدول المنتجة للبترول أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة التابعة لها، وإحدى الشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال. ومن حيث المحل فإن عقد البترول يتعلق باستخراج واستغلال مورد من الموارد الطبيعية ذى أهمية حيوية للدولة المالكة والدول المستهلكة على حد سواء. ومن ناحية الأشكال المتنوعة التى تتخذها عقود البترول. فقد اتخذت هذه العقود فى بداية الأمر شكل عقد الامتياز ثم ظهرت إلى الوجود بعد ذلك أشكال تعاقدية جديدة مثل المشاركة والمقاولة واقتسام الإنتاج. ومن ناحية الحقوق والالتزامات التى تترتب على عقود البترول، فإن هذه العقود ترتب حقوقا ليست تعاقدية محضة مثل الحق فى الاستيراد والتصدير مع التمتع بالإعفاءات الجمركية. والحق فى التمتع بالإعفاءات الضريبية .... الخ.

وأخيرا، تتضمن عقود البترول بعض الشروط من غير المألوف إدراجها فى العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة فى مجال المعاملات الدولية الخاصة. ومنها ما يسمى بشرط الثبات التشريعى وشرط عدم المساس بالعقد.

ولما كان ما يعنينا فى هذا الصدد هو التعرف على الخصائص التى تتميز بها عقود البترول عن بقية العقود الأخرى المعتاد إبرامها بين أشخاص القانون الخاص فى إطار المعاملات الدولية الخاصة. فسوف نخصص هذا الباب لدراستها. وفى ضوء ما تقدم، نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول وذلك على النحو التالى:

الشرق الأوسط - تستلزم لتمام إنعقادها التصديق عليها من قبل السلطة التشريعية المختصة، على نحو ما رأينا فى المتن. راجع فى العقود المسماة والعقود غير المسماة، والعقود الرضائية والعقود الشكلية، المرجع المذكور أعلاه، نفس الموضع

الفصل الأول: ونتكلم فيه عن أطراف عقود البترول والمحل الذى ترد عليه وأهميته.

الفصل الثانى: ونتعرض فيه للأشكال المختلفة التى تتخذها عقود البترول.

الفصل الثالث: ونبين فيه أهم الحقوق والالتزامات التى تنشئها هذه العقود وأهم الشروط التى تتضمنها.

الفصل الأول

أطراف عقد البترول والمحل الذى يرد عليه وأهميته

تتميز عقود البترول من حيث أطرافها، وكذلك أيضا من حيث المحل الذى ترد عليه، ونعرض فى مبحث أول لأطراف العقد، ثم نعرض فى مبحث ثان لمحل العقد وأهميته.

المبحث الأول

أطراف عقد البترول

تتميز عقود البترول بالتفاوت وعدم التساوى فى المراكز القانونية بين أطرافها. فهذه العقود تبرم غالبا بين طرفين غير متكافئين: طرف وطنى وهو الدولة أو إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، من ناحية أولى. وطرف أجنبى يتمثل فى إحدى شركات البترول الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى، من ناحية ثانية. فالدولة كطرف فى العقد تعتبر من جهة شخصا من أشخاص القانون العام الداخلى، وتعتبر من جهة أخرى شخصا من اشخاص القانون الدولى العام. ولذلك تتمتع الدولة بسلطات وامتيازات خاصة لا تتمتع بها الشركة الخاصة الأجنبية المتعاقدة معها على الرغم من قوة هذه الأخيرة المالية والاقتصادية التى قد تفوق فى بعض الأحيان قدرة الدولة ذاتها. بينما تعتبر الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة شخصا من أشخاص القانون الخاص كما أنها تعد شخصا من أشخاص القانون الداخلى وليست من أشخاص القانون الدولى العام(١).

ونعرض فيما يلى للمقصود بالطرف الوطنى والطرف الأجنبى فى عقدالبترول كل فى مطلب مستقل.

---

(١) فى نفس المعنى راجع د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانونى الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٣٥.

المطلب الأول

المقصود بالطرف الوطنى

يتمثل الطرف الوطنى - عادة - فى عقود البترول إما فى الدولة ذاتها أو فى إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الموارد البترولية فى الأنظمة القانونية المختلفة(١) تعد ملكا للدولة، أى من الأملاك العامة. ولذلك فإن الدولة هى التى تتولى استغلالها والتعاقد بشأنها سواء بنفسها أو بواسطة أحد الأجهزة التى تنشئها لهذا الغرض.

ولا يثير تحديد المقصود بالدولة باعتبارها طرفا فى العقد أية صعوبة تذكر. وذلك فى الفرض الذى تتولى فيه الدولة إبرام العقد بنفسها عن طريق من يمثلها كرئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء. فالدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولى العام مفهوم قانونى لا يحتاج إلى أى إيضاح أو بيان(٢). وفى الفرض الذى تكون الدولة ذاتها طرفا فى العقد، يمكن القول بأن هذا العقد يندرج ضمن طائفة العقود التى اصطلح على تسميتها بعقود الدولة «Contrats d'État» أو «State Contracts». بيد أن الصعوبة قد تثور فى الفرض الذى لا تتولى فيه الدولة بنفسها إبرام العقد مع الطرف الأجنبى، وإنما يتم إبرام العقد بواسطة إحدى الشركات أو المؤسسات العامة التابعة لها. ففى هذا الفرض، يثور التساؤل عما إذا كانت الدولة تعد طرفا فى العقد من عدمه؟ وبعبارة أخرى يثور التساؤل عما إذا كان العقد يعد من قبيل عقود الدولة أم لا؟

---

(١) وذلك باستثناء النظام المتبع فى الولايات المتحدة الأمريكية حيث تعتبر الموارد البترولية مملوكة لمالك سطح الأرض، أى من قبيل الملكية الخاصة وليست الملكية العامة. انظر مع المزيد من التفاصيل حول ملكية البترول فى الأنظمة القانونية المختلفة، د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٣٨ ومابعدها.

(٢) انظر د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ...، المرجع السابق، ص ٣٧.

ويرجع سبب هذا التساؤل إلى أن الدولة فى الماضى - فى ظل عقود امتياز البترول التقليدية - كانت تتولى بنفسها إبرام هذه العقود مع الشركات الأجنبية صاحبة الامتيازات. بيد أنه من الملاحظ الآن أن الدولة، فى بعض الأحيان، قد لا تتدخل بشكل مباشر فى إبرام العقد، وإنما تخول إحدى المؤسسات أو الشركات العامة التابعة لها والمنشأة لهذا الغرض. فقد أنشأت العديد من الدول المنتجة للبترول هيئات عامة أو شركات وطنية لكى تتولى مهمة إبرام عقود البترول مع الشركات الأجنبية. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، الشركة الوطنية العراقية للنفط «اينوك» أو «INOC»(١)، والشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك» أو «NIOC»(٢)، والشركة الجزائرية سوناطراك «SONATRACH»، والشركة الأندونيسية «برمينا» «PERMINA»، وشركة البترول الأرجنتينية «Y.P.F.A.»(٣)، وشركة البترول البوليفية «Y.P.F.B.»(٤)،(٥).

ووفقا للرأى السائد فى الفقه(٦) - المعنى بدراسة عقود الدولة

---

(1) IRAQ. National oil company «INOC.»

(2) National Iranian oil company «NIOC.»

(3) Yacimientos petroliferos Fiscales Argentine «Y.P.F.A.»

(4) Yacimentos petroliferos Fiscales Bolivianos «Y.P.F.B.»

(٥) راجع فى ذلك: د. محمد يوسف علوان، الاتجاهات الحديثة فى العقود الاقتصادية الدولية، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد ١١ - ١٢، السنة ٢٤، عام ١٩٧٦، ص ١٦٩٥ ومابعدها، خصوصا ص ص ١٦٩٧ - ١٦٩٨.

(٦) انظر:

Weil (P.): Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, Recueil des cours, 1969, P. 95, Spec. P. 105.

حيث يذكر:

«la Notion d'État sera entendre d'une manière large, on considérera en effet ... comme des contrats d' État les accords conclus par des organismes mi-publics, mi-privés intervenant pour le compte de l'État bien que possédant une personalité juridique distincte.»

بصفة عامة - فإن عقود الدولة تشمل، إلى جانب العقود التى تتولى الدولة إبرامها بنفسها، العقود التى تتولى إبرامها الأجهزة التابعة للدولة.

- وانظر أيضا:
Bettems (D.): Les contrats entre États et personnes privées étrangères, Droit applicable et responsabilité international, Thèse, Lausanne, 1988, P. 20.

إذ يذكر:
«Nous qualifierons de «contrats d'État» Tout accord conclu entre un individu et une personne morale de droit public ... cette définition ... englobe non seulement les contrats conclus par le gouvernement central, mais également ceux qui l'ont été par d'autres organes étatiques, Y compris les organismes mi-Privés, mi-publics, chargés de l'exécution de tâches habituellement conférées `a l État.»

وانظر أيضا:
Audit (B.): L'arbitrage transnational et les contrats d'État, Academie de droit international de la Haye, centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, 1987, P. 23, Spéc. P. 30

حيث يذكر:
«Les contrats d'État sont ceux qui unissent un État ou une autorité publique `a une personne privée étrangères.»

وانظر أيضا:
Leboulanger (Ph.): Les contrats entre États et entreprises étrangères, économica, Paris, 1985, PP. 8 - 9, No 15 - 17.

وأيضا:
Verhoeven (J.): Contrats entre États et ressortissants d'autre États, Le contrat économique international, travaux des VII Journées d'études juridiques, Jean-Dabin, Paris, pédone, 1975, P. 115, Spéc. PP. 118 - 119, No. 4.

وانظر فى الفقه المصرى: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ٢٨.

ويستند بعض الفقهاء(١)، فى تأييدهم لوجهة النظر هذه، إلى اتفاقية البنك الدولى للإنشاء والتعمير الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتى تم التوقيع عليها فى واشنطن عام ١٩٦٥. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من هذه الاتفاقية على أن «١- يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة أو إحدى الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها والتى تقوم الدولة بتحديدها للمركز ...»(٢).

فكما هو واضح من النص فإن المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، والذى أنشأته الاتفاقية المذكورة، لا يختص فقط بنظر المنازعات التى تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها، بل يمتد اختصاصه ليشمل أيضا المنازعات التى يكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز.

وإعمالا لهذا الاتجاه الفقهى السائد بالنسبة لعقود الدولة بصفة عامة يمكن القول بأن عقود البترول تعتبر من قبيل عقود الدولة حتى فى الفرض الذى تقوم فيه إحدى المؤسسات أو الهيئات أو الشركات العامة بإبرام العقد مع الشركة الأجنبية الخاصة.

---

(١) انظر:

Weil (P.): Problèmes relatifs .... Op. Cit. P. 105, NO. 7.

وانظر أيضا:

Bettems (D.): Op. Cit., P. 20.

وانظر فى الفقه المصرى: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ٢٩.

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«La compétence du centre S'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (Ou telle collective Publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre) ...».

راجع نصوص هذه الاتفاقية منشورة فى:

A.S.D.I., 1965, P. 221.

ولقد ذهب جانب من الفقه(١). إلى النظر إلى عقود البترول المبرمة بواسطة الأجهزة العامة التابعة للدول المنتجة على أنها من قبيل عقود الدولة. وقد برر ذلك بالقول بأن هذه الأجهزة هى عبارة عن شركات عامة أو شركات دولة بمعنى الكلمة، إذ أنه من الصعب فصلها عن الدولة التى أنشأتها، وذلك لأن الدولة هى التى تغطى كل رأسمالها، كما أن هذه الشركات تعمل تحت رقابة الدولة على الرغم من تمتعها، فى بعض الأحيان، بالاستقلال القانونى. وترتيبا على ذلك - وفقا لهذا الرأى - فإن عقود البترول التى تقوم هذه الشركات بإبرامها مع شركات البترول الأجنبية لا تعتبر من قبيل العقود المعتادة المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وإنما هى عقود مبرمة بين أشخاص عامة أو دول من جهة، وأشخاص خاصة تنتمى إلى القانون الخاص من جهة أخرى. وبعبارة أخرى، فإن هذه العقود تعد من قبيل عقود الدولة.

---

(١) انظر: د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٦٩٨، وفى نفس المعنى يمكن أن نذكر:

Weil (P.), Problèmes relatifs ...... Op. Cit., P. 105.

حيث يذكر:

«Le cas typique est celui des organismes juridiquement indépendants qui Agissent pour le compte de l'État dans de nombreux pays prodecteurs de pétrole et constituent en quelque sort son bras séculier dans le secteur pétrolier. C'est ainsi que la NIOC (National iranian Oil company), qui est défini par ses status comme un organisme commercial dont le capital est divisé en actions, assume une mission et revêt une Nature essentiellement publiques, Puisque aussi bien ses organes dirigeants sont désignés par les pouvoirs publics et qu'elle prend dans ses contrats des engagements pour le compte de l'État iranian.».

وأيضا:

Verhoeven (J.), Contrats entre ...., Op. Cit. P. 110.

حيث يذكر:

«Considérerons - nous comme «State contracts» les accords convenus, Par exemple, entre des sociétés étrangères et L'iraq National Oil Cy (INOC), la National iranian oil Cy (NIOC) ..

ومما يجدر الإشارة إليه فى هذا الخصوص أن المحكم CAVIN قد اعتنق وجهة النظر هذه فى حكم التحكيم الذى أصدره فى قضية شركة البترول الكندية سافير SAPPHIRE ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (والمسماة نيوك)، وذلك عندما قدر أن العقد المبرم بين الشركة الكندية سافير والشركة الوطنية الإيرانية يختلف عن العقود التجارية المعتادة، أى العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وذلك لأن هذا العقد يربط شركة وطنية تخضع للقانون العام من ناحية، وشركة تجارة أجنبية تخضع للقانون الخاص من ناحية أخرى(١).

خلاصة القول أن الطرف الوطنى فى عقود البترول إما أن يكون الدولة ذاتها، أو إحدى المؤسسات أو الهيئات أو الشركات العامة التابعة لها. وأنه وفقا للرأى السائد فى الفقه فإن عقود البترول تندرج ضمن طائفة العقود التى اصطلح على تسميتها بعقود الدولة. وهى العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية. حتى فى الفرض الذى لا تتولى فيه الدولة بنفسها إبرام العقد، بل تقوم به نيابة عنها إحدى الشركات العامة (أو الهيئات أو المؤسسات العامة) التابعة لها.

ومن جانبى لا أرى أن عقود البترول تعتبر من ضمن طائفة عقود الدولة فحسب، بل إن هذه العقود تعتبر بمثابة الأساس الذى بنيت عليه الاتجاهات الفقهية المتعلقة بعقود الدولة. فعقود البترول تعد دائما بمثابة المثال النموذجى الذى يستند إليه الفقه المعنى بدراسة عقود الدولة فى تشييد أرائه الفقهية.

---

(١) إذ يذكر المحكم:

«Le présent contrat diffère profondément des contrats commerciaux usuels ... tout d'abord il lie d'une part une société Nationale, Soit une corporation dont le statut dominant est celui d'une corporation publique, d'autre part une société commerciale étrangère, régie par un statut civil étranger.».

راجع فى ذلك:

Lalive (J.F.): Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'État et une société privée étrangère (Sapphire international petroleums limited. C / National iranian oil company). A.S.D.I., 1962, P. 273, Spéc. P. 284.

المطلب الثانى

المقصود بالطرف الأجنبى

إن الطرف الأجنبى المتعاقد مع الدولة فى عقود البترول دائما ما يكون إحدى الشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال، أى شخص من الأشخاص المعنوية Une personne morale. إذ من النادر أن يكون هذا الطرف شخصا من الأشخاص الطبيعية Une personne physique(١). ولعل ذلك يرجع إلى أن هذه العقود تتطلب خبرات فنية وموارد مالية ضخمة قد لا تتوافر إلا لدى الأشخاص المعنوية مثل الشركات البترولية الكبرى.

ولما كانت الشركات البترولية الأجنبية هى بمثابة الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة (أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة) فى عقد البترول، فإن السؤال الذى يطرح نفسه هو متى يمكن القول بأن الشركة الطرف فى العقد تعد شركة أجنبية؟ وبعبارة أخرى، ماهو الضابط الذى يستعان به فى إضفاء الصفة الأجنبية أو الوطنية على الشركة المتعاقدة بحيث يمكن القول بأن العقد مبرم مع طرف أجنبى من عدمه؟

إن المعيار السائد فى مجال القانون الدولى الخاص للتمييز بين الأجنبى والوطنى هو معيار الجنسية La Nationalité. فالجنسية هى المعيار أو الضابط الواجب الاتباع فى تحديد مدى تمتع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية بالصفة الأجنبية أو الوطنية. وبالتطبيق لهذا المعيار، يمكن القول بأن الشركة المتعاقدة الطرف فى العقد تعد أجنبية عندما لا تتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف فى العقد، وتعد وطنية عندما تحمل جنسية هذه الدولة. وبصفة عامة، يمكن القول بأن الصفة الأجنبية تلحق بكل شركة لا تتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة معها(٢).

---

(١) وذلك باستثناء العقد الذى أبرمته الحكومة الإيرانية مع وليم دارس (الإنجليزى الجنسية) سنة ١٩٠١، والعقد الذى أبرمته حكومة المملكة العربية السعودية مع أونلسيس بشأن نقل البترول والذى كان سببا فى النزاع الذى ثار بين حكومة السعودية وشركة البترول الأمريكية المسماة «أرامكو» ARAMCO.

(٢) انظر أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، طبعة ١٩٩١ - ١٩٩٢، ص ٨، ص ١٥. وأيضا: د. عوض الله شيبه الحمد المراغى، عقود المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٨٩.

وقد تبنى الفقه(١). المعنى بدراسة عقود الدولة ضابط الجنسية فى تحديد صفة الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة. وفى هذا الصدد يقول الأستاذ BERLIN: أن الصفة الأجنبية تلحق بكل شخص يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف فى العقد(٢).

كما أخذت بهذا الضابط اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من هذه الاتفاقية على أنه «يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة:

أ- كل شخص طبيعى يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف فى النزاع ...

ب - كل شخص معنوى يحوز جنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف فى النزاع ...»(٢).

---

(١) انظر:

Verhoeven (J.): Contrats entre ......, Op. Cit., P. 120.

حيث يذكر:

«De Soi, la Notion de «ressortissant étranger» ne devrait pas susciter de réelles difficultés. elle appelle une application des règles de Nationalité ...».

وانظر أيضا:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 9, N. 18.

حيث يذكر:

«Il conviendra préalablement de définir sa Nationalité Pour en conclure qu'elle ne relève pas de l'État avec lequel elle contracte.».

(٢) انظر:

Berlin (D.): Le régime juridique international des accords entre États et ressortissant d'autres États, Thèse, Paris, 1977, PP. 15 - 16.

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«Ressortissant d'un autre État contractant signifie:

A) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend ... -

مجمل القول إذن أن تحديد الصفة الأجنبية للشركة المتعاقدة الطرف فى العقد يتم طبقا للمعيار أو الضابط السائد فى مجال القانون الدولى الخاص لتحديد الأجنبى بصفة عامة وهو معيار أو ضابط الجنسية. فالشركة المتعاقدة تحمل الصفة الأجنبية متى كانت غير متمتعة بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف فى العقد.

وفى معظم الأحيان، فإن الشركات الأجنبية الأطراف فى عقود البترول تكون شركات خاصة Sociétés privées، أى من أشخاص القانون الخاص فى الدول التى تحمل جنسيتها.

ومع ذلك، نجد فى بعض الأحيان، أن الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، وعلى الرغم من صفتها كشخص من أشخاص القانون الخاص، تخضع للرقابة والإشراف من قبل الدولة التى تنتمى إليها، وتتصرف وكأنها جهاز وطنى Un Organe étatique ذو نشاط تجارى. ومن قبيل ذلك شركة البرتش بتروليم (B.P.) البريطانية، حيث تحوز الحكومة البريطانية على ٥١٪ من رأس مالها، كما أن للحكومة عددا من الممثلين فى مجلس إدارتها.

وفى أحيان أخرى، نجد أن بعض الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدول المنتجة للبترول، تعتبر من أشخاص القانون العام فى الدول التى يحملون جنسيتها. ومن قبيل هذه الشركات الشركة الوطنية الإيطالية للمواد الهيدروكاربونية (E.N.I.) Ente Nationale idrocarburi فهذه الشركة تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام بموجب القانون الإيطالى الصادر بإنشائها فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣. كما أن الشركة الفرنسية إيراب «Entreprise de recherche et d'activité pétrolière (ERAP)» تعتبر مؤسسة عامة ذات طبيعة صناعية وتجارية وفقا للمرسوم الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٧(١).

- b) Toute personne morale qui possède la Nationalité d'un État contractant autre que l'État Partie au différend ...»

(١) راجع: د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ص ١٦٩٩ - ١٧٠٠. وراجع أيضا: Weil (P.): Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 106.

ففى مثل هذه الحالات يثور التساؤل عما إذا كان يجب معاملة عقود البترول المبرمة بواسطة الدولة ذاتها (أو بواسطة إحدى هيئاتها أو شركاتها العامة) مع الأشخاص الأجنبية العامة نفس المعاملة - من حيث الناحية القانونية - التى تلقاها عقود البترول المبرمة بواسطة الدولة (أو إحدى هيئاتها أو شركاتها العامة) مع الشركات الأجنبية الخاصة أم أنه يجب التمييز بينهما؟

يرى جانب من الفقه(١) عدم وجود أى ضرورة للتفرقة بين العقود التى تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية العامة وتلك التى تبرمها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة، وذلك على أساس أن الطائفة الأولى من العقود تثير نفس المشكلات القانونية التى تثيرها الطائفة الثانية. ومن ثم يجب أن تلقى كل من الطائفتين معاملة قانونية واحدة.

---

(١) انظر:

Weil (P.): Problèmes relatifs ...... Op. Cit., P. 107.

حيث يقول:

«Sur le plan Juridique en tout cas, les problèmes posés par les contrats de l'Agip et de l'ÉRAP sont proches de ceux soulevés par les contrats des grandes compagnies pétrolières du secteur privé. et l'on peut sans inconvénient les considérer comme de contrats entre États et personnes psivées étrangères.».

وانظر أيضا:

Leboulanger (Ph.): .... Op. Cit., P. 9, N. 18.

حيث يرى:

«Nous estimons qu'un contrat conclu par une entreprise publique ou un établissement public avec un État ou avec une autre entreprise publique n'est pas fondamentalement diffèrent d'un contrat auquel une entreprise privée est partie.».

وانظر أيضا: د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٧٠٠، حيث يرى أن هذه الشركات تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالى، وتتصرف كشخص خاص وتستخدم الأساليب المعروفة فى التجارة.

وانظر أيضا: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ......، المرجع السابق، ص ١٦٢. وعكس ذلك: راجع د. عوض الله شيبة الحمد المراغى، المرجع السابق، ص ص ١٨٥ - ١٩٦.

ولقد برر البعض منهم(١) ذلك بقوله إذا كانت صفة الطرف الأجنبى المتعاقد مع الدولة على جانب كبير من الأهمية، بيد أنها ليست حاسمة فى تحديد النظام القانونى للعقد، وليس لها أى تأثير على طبيعته القانونية.

ونحن من جانبا نميل إلى الأخذ بهذا الحل بالنسبة لعقود البترول. حيث يبدو لنا أنه من غير المنطقى أن نميز بين عقد البترول الذى تبرمه الدولة مع إحدى شركات القانون الخاص الأجنبية، والعقد الذى تبرمه الدولة مع إحدى شركات القانون العام الأجنبية. كما لا يوجد ما يبرر مثل هذه التفرقة إذ أن كلا من العقدين يثير نفس المشكلات القانونية.

خلاصة القول أن الطرف الأجنبى المتعاقد مع الدولة - فى عقود البترول - غالبا ما يكون إحدى الشركات الكبرى العاملة فى مجال البترول، أى أحد الأشخاص المعنوية. وأن الضابط فى تحديد الصفة الأجنبية للشركة الطرف فى العقد هو ضابط الجنسية. فالشركة المتعاقدة تحمل الصفة الأجنبية متى كانت غير متمتعة بجنسية الدولة الطرف فى العقد. وأنه فى الغالب الأعم يكون الطرف الأجنبى فى عقود البترول إحدى شركات القانون الخاص. ومع ذلك، قد يكون الطرف الأجنبى، فى بعض الأحيان، إحدى شركات القانون العام فى الدولة التى تحمل جنسيتها.

---

(١) راجع:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 9., No 18.

حيث يقول:

« Nous ne pensons pas qu'il soit bésoin de les distinger. en effet. Si la qualité de la partie étrangère cocontractante est importante, elle N'est pas déterminante au regard du contrat, ni de Nature `a influer sur sa qualification.».

المبحث الثانى

المحل الذى ترد عليه عقود البترول وأهميته

تتميز عقود البترول عن بقية العقود الأخرى، سواء تلك المبرمة فى إطار المعاملات الداخلية أو المبرمة فى إطار المعاملات الدولية الخاصة. من حيث المحل أو الموضوع الذى تنصب عليه هذه العقود. ذلك أن عقد البترول ليس من العقود العادية التى تنصب على عملية واحدة وتنقضى بمجرد تنفيذها كعملية شراء القطن أو الحبوب أو بناء سفينة مثلا. وإنما يتضمن عقد البترول استخراج واستغلال مورد هام من الموارد الطبيعية لفترات زمنية طويلة.

فبموجب هذا النوع من العقود - وعلى نحو ما سنرى فيما بعد عند التعرض للأشكال المختلفة التى يتخذها عقد البترول - تقوم الشركة المتعاقدة بالبحث والتنقيب عن البترول فى إقليم الدولة المتعاقدة أو فى جزء منه، خلال فترات زمنية معينة، حسبما يتم الاتفاق عليه فى العقد. فإذا نجحت فى اكتشاف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجارى، تقوم بالأعمال اللازمة للمحافظة على البترول وتنمية حقول البترول المكتشفة، ثم تتولى القيام بانتاج البترول واستغلاله. وقد يشمل العقد إلى جانب القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وانتاجه واستغلاله، العديد من العمليات الأخرى مثل نقل البترول المنتج وتكريره وتسويقه، وذلك وفقا لما يتفق عليه الأطراف فى العقد.

ولما كان محل هذه العقود وموضوعها هو استخراج واستغلال الثروات البترولية، وهى ثروات ذات أهمية حيوية، فإن أهمية هذه العقود ترجع إلى أهمية الثروات البترولية التى يعد العقد وسيلة لاستغلالها واستثمارها. فالبترول ليس سلعة تجارية فحسب، بل سلعة استراتيجية وسياسية.

وأهمية البترول ليست فى حاجة إلى تأكيد. فالبترول ذو أهمية اقتصادية وسياسية، ويهم كل من الدول المنتجة له، والتى تنتمى غالبا إلى طائفة الدول النامية أو دول العالم الثالث، والدول المستهلكة له. والتى تنتمى

غالبا إلى طائفة الدول الصناعية المتقدمة. فالبترول بالنسبة لغالبية الدول المنتجة له يعد، إن لم يكن المصدر الوحيد، المصدر الرئيسى للدخل القومى، حيث تشكل العوائد البترولية بالنسبة للدول المنتجة قرابة ٩٦٪(١) من الدخل القومى لهذه الدول، تلك العوائد التى تعتمد عليها الدول المنتجة فى النهوض بتنميتها الاقتصادية والاجتماعية.

وتزداد أهمية البترول وتتعاظم بالنسبة للدول المتقدمة وذلك لاعتمادها على البترول فى تقدمها وتطورها الصناعى. فالبترول لم يعد استخدامه قاصرا على الإنارة والتدفئة كما كان عليه الحال فى الماضى. بل لقد أدى التقدم العلمى اللاحق إلى التوسع فى استعمالاته، فأصبح البترول مصدرا للطاقة والحرارة والإضاءة والتشحيم وتوليد مركبات كيماوية وطبية وصناعية لا حصر لها. ومن هنا أصبح للبترول دوره الكبير فى استعمالاتنا المنزلية والاستهلاكية الأخرى وفى النقل والصناعة، وسمح للبشرية، عن طريق هذه الاستعمالات العديدة، أن تزيد من رفاهيتها الاقتصادية(٢). فالبترول يدخل كمادة أولية فى كثير من الصناعات. حيث يستخدم فى إنتاج المفرقعات والنابالم، وفى إنتاج المنسوجات والأقمشة، وفى مستحضرات التجميل، وفى مواد البناء، كما أنه يعد مصدرا للبروتين كغذاء بشرى. ومجمل القول أن هناك ما يزيد على ثلاثة آلاف منتج من المنتجات المشتقة من البترول(٣).

وإذا كان هذا هو دور البترول فى وقت السلم، فإن دوره فى وقت الحرب أخطر وأعظم، فقد قال كليمنصو فى مطلع القرن الحالى «إن قطرة من البترول تساوى قطرة من الدم»، وقال أيزنهاور بأن «الحلفاء قد سبحوا

---

(١) راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، مرجع سابق، ص ١٢.

(٢) انظر: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، اتفاقيات وعقود البترول فى البلاد العربية، الجزء الأول، ١٩٦٩، ص ١.

(٣) راجع:

Ait Chaalal (M.S.), Pays producteur de pétrole et compag nies international, Thèse, Lausanne, 1977, P. 9.

نحو النصر فى الحربين العالميتين على بحيرة من البترول»(١). فقد لعب البترول دوراً حاسما فى الحربين العالميتين. فإذا رجعنا إلى الحرب العالمية الأولى وجدنا أن ألمانيا قد احتلت رومانيا فى ١٩١٦ للاستفادة من آبارها البترولية. بيد أنه لم يمض وقت طويل حتى تمكن الحلفاء من تدمير أغلبية آبار البترول وأنابيب البترول ومعامل التكرير الموجودة بها حتى يحرموا ألمانيا من الانتفاع بتلك الموارد البترولية، مما اضطر ألمانيا بالفعل إلى طلب الهدنة فى نوفمبر عام ١٩١٨. وفى هذا الصدد، قال المارشال الألمانى «لودندورف» أن عدم كفاية الموارد البترولية قد أرغم القيادة الألمانية على طلب الهدنة(٢).

وفى الحرب العالمية الثانية لعب البترول دورا حيويا ليس لكونه وقودا للسفن والطائرات والدبابات فحسب ولكن لاستخدامه فى انتاج المفرقعات القاتلة مثل مادة «التولين»(٣). وفى حرب السادس من أكتوبر عام ١٩٧٣، استخدم البترول كسلاح فعال ومؤثر فى هذه الحرب. فقد اجتمعت الدول العربية المصدرة للبترول فى دولة الكويت وأصدرت قرارها التاريخى فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٧٣ والذى قضى بتخفيض انتاج البترول بنسبة شهرية لا تقل عن خمسة فى المائة (٥٪). ثم زيدت هذه النسبة إلى خمس وعشرون بالمائة (٢٥٪) فى ٩ نوفمبر عام ١٩٧٣. كما أكدوا أيضا على حظر وصول البترول إلى الولايات المتحدة الأمريكية وهولندا بسبب تأييدهما وتقديم مساعدتهما لإسرائيل(٤). وفى هذا الصدد انتهى تقرير معهد الدراسات الإستراتيجية فى لندن إلى أن عام ١٩٧٣ الذى ساده النزاع فى الشرق الأوسط، واستخدام سلاح البترول، قد شهد ميلاد قوة سادسة فى العالم هى مجموعة الدول المصدرة للبترول، والتى أضيفت إلى القوة العسكرية لكل من الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفييتى (سابقا) والصين واليابان ودول السوق الأوروبية المشتركة. وان هذه القوة

---

(١) راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٠٧.
(٢) أنظر: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٤.
(٣) أنظر: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٥.
(٤) أنظر د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢٠.

السادسة قد قلبت بعض الموازين والمفاهيم، وأضفت على منطقة الشرق الأوسط بصفة عامة، والمنطقة العربية بصفة خاصة، دورا جديدا لا عهد للعالم به(١).

وكان من شأن الأهمية العظمى للبترول فى وقت السلم والحرب على السواء، أن سعت شركات البترول الكبرى للحصول على الامتيازات البترولية وذلك بغية السيطرة على منابع ومصادر الثروة البترولية. ولقد سعت شركات البترول الكبرى جاهدة منذ البداية على توحيد صفوفها ووضع حد للمنافسة فيما بينها من أجل الحصول على الامتيازات، ثم الحد بعد ذلك من الإنتاج، وبالتالى تحديد الأسعار وفقا لرغباتهم. ولقد تمخض ذلك كله عن إبرام اتفاقيتين شهيرتين هما: اتفاقية الخط الأحمر Red Line Agreement واتفاقية الاشناكارى Achnacarry Agreement. وبموجب اتفاق الخط الأحمر الذى تم التوقيع عليه فى لندن فى ٢١ يوليو عام ١٩٢٨، لا يجوز لأية شركة من الشركات الموقعة على هذا الاتفاق أن تسعى للحصول على امتيازات بترولية فى البلدان التى حددت على خريطة الشرق الأوسط بخط أحمر، وتشمل كل بلدان الإمبراطورية العثمانية القديمة (فيما عدا مصر والكويت). وأى شركة تحصل على امتياز فى هذه المنطقة بطريقة إنفرادية يجب أن تحصل بالضرورة على موافقة الشركات الأخرى.

أما بالنسبة لاتفاق الإشنكارى الذى أبرم فى ٢٧ سبتمبر عام ١٩٢٨ - بعد حرب الأسعار التى نشبت على وجه الخصوص بين شركة رويال دتش - شل Royal Dutch _ Shell، وشركة استاندرد أويل أوف نيوجرسى Standard Oil of New Jersey - فقد استهدف وضع حد نهائى للمنافسة فى الأسعار بين هذه الشركات(٢).

---

(١) راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٨.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 65 etss.

وراجع أيضا: د. خلاف عبدالجابر، احتكار أجهزة النفط التنظيمية والأزمة الراهنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ٩٧ ومابعدها. وأيضا: د. عبدالحميد الأحدب، النظام القانونى للبترول فى المملكة العربية السعودية، مؤسسة نوفل، ١٩٨٢، ص ٢٧ ومابعدها.

وكان من شأن أهمية البترول أيضا أن اشتد التنافس والتناحر بين الدول الكبرى من أجل السيطرة على مصادر البترول. فقبل الحرب العالمية الأولى، قام الصراع بين ألمانيا وانجلترا للسيطرة على مصادر البترول. ولما انهزمت ألمانيا فى الحرب العالمية الأولى استبعدت نهائيا من مجال المنافسة(١). وفى عام ١٩٢٠ وقعت معاهدة سان ريمو والتى أعطت فرنسا خمسا وعشرين بالمائة (٢٥٪) من أسهم شركة النفط التركية (والتى أصبحت فيما بعد شركة نفط العراق) وهى الأسهم التى كانت ملكا لألمانيا. وظل بيد انجلترا خمس وسبعون بالمائة (٧٥٪) من أسهم الشركة(٢). ولقد أعقب ذلك مؤتمر لوزان الذى عقد فى عام ١٩٢٢. والذى ضم الدول المنتصرة فى الحرب. وتم تقسيم مناطق النفوذ فيما بين هذه الدول تقسيما يكاد يكون نفطيا(٣).

ورغم أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت تملك أكبر احتياطى نفطى فى العالم. وتعد من الدول المنتجة الرئيسية آنذاك. إلا أنه بتزايد إنتاجها لتوسع الطلب على النفط فى السوق العالمية أصبح وضع هذه الاحتياطات قلقا إلى حد كبير مما دفع بالولايات المتحدة الأمريكية إلى الدخول فى حلبة المنافسة مع باقى الدول الإستعمارية على مناطق النفط. وأعلنت واشنطن سياسة «الباب المفتوح» والتى تعنى بألا يمارس الحلفاء التمييز بينهم فيما يتعلق بتوزيع موارد النفط(٤).

وسرعان ما نشب الصراع بين الدول الكبرى التى تملك البترول وهى بريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية. والدول الأخرى التى لا تملك موارد بترولية وهى ألمانيا وإيطاليا واليابان. وظهر جليا أن ألمانيا غير راضية عن وضعها فى السيطرة على المواد الخام وطالبت بإعادة توزيع المستعمرات من أجل السيطرة على المواد الخام. وقامت اليابان بغزو

---

(١) د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق. ص ٦.
(٢) د. عبدالحميد الأحدب. المرجع السابق. ص ٢٧.
(٣) انظر: د. خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق. ص ٢٠.
(٤) راجع: د خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق. ص ٢٦.

شمال الصين، وإيطاليا بغزو أثيوبيا، وتنبهت عصبة الأمم إلى خطر نقص المواد الخام وأصدر مجلس العصبة قرارا بتكوين لجنة لدراسة مشكلة المواد الخام فى يناير عام ١٩٢٧، وخلصت اللجنة إلى أن مشكلة المواد الخام مشكلة استعمارية وأنه يجب السماح للدول التى تعانى من ازدياد فى السكان من الوصول إلى المواد الخام للنهوض بالصناعة وفتح أسواق لها فى المستعمرات. وأوصت اللجنة باتباع سياسة الباب المفتوح. ولكن هذا لم يرض ألمانيا واندلعت الحرب العالمية الثانية يقودها الذين لا يملكون الموارد الطبيعية وتتزعمهم المانيا بالتحالف مع اليابان وإيطاليا ضد الذين يملكون هذه الموارد وهم فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية(١). وانتهت الحرب العالمية الثانية بهزيمة دول المحور (ألمانيا وحلفاؤها) التى كانت تهدف إلى الاستيلاء على مناطق النفط فى القوقاز بالاتحاد السوفييتى وفى منطقة الشرق الأوسط(٢).

ولم تكن تغيب أهمية النفط عن الإتحاد السوفييتى، على الرغم من اعتباره دولة مصدرة للنفط حتى أوائل السبعينيات، فقد سيطر على حقول النفط فى رومانيا والمجر بعد طرد الشركات البريطانية والأمريكية؛ وذلك نظرا لتزايد الاستهلاك النفطى فى دول مجلس المعونة. (الكوميكون). مقابل تدنى نسب الاحتياطى لديها، ومسئولية الإتحاد السوفييتى فى الإمداد النفطى لهذه الدول. واستتبع ذلك التطلع إلى بعض مناطق النفط فى الشرق الأوسط من خلال سياسات مباشرة وغير مباشرة عمد الاتحاد السوفييتى إلى إتخاذها(٢).

وإذا كانت أهمية البترول ومحاولة السيطرة على مصادره قد دفعت الدول الاستعمارية الكبرى إلى التناحر والصراع فيما بينها، فإن أهمية البترول دفعت الدول الاستعمارية الكبرى لممارسة شتى الوسائل للضغط على حكومات الدول المنتجة للبترول للموافقة على منح شركاتها البترولية

---

(١) راجع: د. حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية. دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ص ٢٧ - ٢٨.

(٢) راجع: د. خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٣) راجع: د. خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق، ص ٢٢.

امتيازات استغلال البترول وبالشروط التي تلائم مصلحة هذه الشركات. وأوضح مثال لذلك الضغط الذى باشرته الحكومة الانجليزية على حكومة العراق والتهديد الذى لوحت به لفصل الموصل عن العراق فى سبيل منح الشركة التركية (شركة نفط العراق بعدئذ) امتياز استغلال بترول العراق. بل لقد استخدمت إنجلترا الأساطيل الحربية لإرهاب إيران على أثر قيام الدكتور مصدق، رئيس وزراء إيران فى ذلك الوقت، فى عام ١٩٥١ بتأميم البترول الإيرانى الذى كانت تقوم باستغلاله شركة البترول الأنجلو إيرانية. ثم استعملت بعدئذ كل وسائل الضغط الدبلوماسى والمؤامرات السياسية لاسقاط حكومة مصدق وتصفية آثار التأميم وإعادة استغلال البترول الإيرانى(١).

ولقد كان البترول وراء الكثير من الأحداث فى منطقة الشرق الأوسط. فالعدوان الثلاثى على مصر فى عام ١٩٥٦ على أثر تأميم قناة السويس كانت تفوح منه رائحة البترول(٢). وكان البترول السر الخفى وراء إصرار فرنسا على البقاء فى الجزائر وذلك لاستغلال ثرواتها البترولية. وهو ما عبر عنه رئيس وزراء فرنسا عام ١٩٥٧ بقوله «إن ثروات الصحراء الجزائرية ومعادنها ستكون العامل الفعال فى رفع مستوى معيشة الفرنسيين». وهو ما أكده رئيس فرنسا «ديجول» فى الخطاب الذى وجهه إلى الشعب الفرنسى فى ١٦ سبتمبر عام ١٩٥٩ بقوله «إذا إختار الجزائريون الانفصال فإن فرنسا ستحتفظ بحق استغلال بترول الصحراء الجزائرية باعتباره مصدرا حيويا للعالم الغربى»(٣). وكان البترول يكمن بقوة وراء المباحثات التى دارت بشأن استقلال الجزائر. حيث كان واضحا أن فرنسا مصممة على المحافظة على مصالحها فى الصحراء وأنها لن تتردد فى الموافقة على استقلال الجزائر إذا حصلت على الضمانات الكافية. وهذا ما أدركه الزعماء الجزائريون فأبدوا الإستعداد للتفاهم الذى يوفق بين مصالح فرنسا من جهة وسيادة الجزائر ومصالحها من جهة أخرى(٤).

---

(١) أنظر: د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ص ٧ - ٨.

(٢) راجع: د. راشد البراوى. ثورة البترول فى أفريقيا، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، ص ١٤.

(٣) راجع: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٢١.

(٤) راجع: د. راشد البراوى، المرجع السابق، ص ٥٠.

وأخيرا فإنه من الجائز القول بأن البترول كان من بين الأسباب الرئيسية التى دفعت بحكومة العراق إلى القيام بغزو الكويت فى أغسطس عام ١٩٩٠. كما أنه من الجائز أيضا القول بأن البترول كان هو الدافع الرئيسى للولايات المتحدة الأمريكية إلى التدخل عسكريا وشن الحرب ضد العراق من أجل تحرير دولة الكويت.

صحيح أن الحرب قد أعلنت ضد العراق باسم الشرعية الدولية وتحرير الكويت، وهذا مما لا غبار عليه لو كان الأمر فى حقيقته كذلك. بيد أن الدافع الرئيسى الذى كان وراء دخول الولايات المتحدة الأمريكية لهذه الحرب، والذى يكمن وراء تحركاتها الآن بالمنطقة، هو المحافظة على مصالحها البترولية فى منطقة الخليج بصفة عامة من أى تهديد يمكن أن تتعرض له من قريب أو بعيد. والقول بغير ذلك يتنافى مع حقيقة الأمر. فالولايات المتحدة الأمريكية لم ولن تدافع فى يوم ما عن الشرعية الدولية. فالقرارات الدولية تنتهك يوميا على مرأى ومسمع من العالم، فى فلسطين، وفى إقليم كوسفو، وفى البوسنة والهرسك منذ وقت ليس ببعيد. فلماذا لم تتدخل إذن الولايات المتحدة الأمريكية لحماية الشرعية الدولية.

على أية حال إذا كان أطراف عقود البترول والمحل الذى ترد عليه وأهميته من الخصائص المميزة لهذه العقود، فإن هناك خصائص أخرى لهذه العقود وهو ما سنعرض له فى الصفحات التالية.

الفصل الثانى

الأشكال المختلفة التى تتخذها عقود البترول

تمهيد وتقسيم:

شهدت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال عدة تطورات متلاحقة. فقد اتخذت فى البداية شكل عقود الامتياز Contrats de concessions. ولقد ظل عقد الامتياز هو الشكل القانونى السائد لتنظيم العلاقة بين الدول المنتجة وشركات البترول الأجنبية طوال النصف الأول من القرن الحالى. ثم ظهرت إلى الوجود، منذ النصف الثانى من القرن الحالى، أشكال تعاقدية جديدة يمكن أن نحصرها فى ثلاث هى: عقود المشاركة، وعقود المقاولة، وأخيرا عقود اقتسام الإنتاج. ونعرض فى هذا الفصل لهذه الأشكال التعاقدية المختلفة.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول: نتعرض فيه لعقود الامتياز باعتبارها الشكل التعاقدى الأول الذى كان سائدا فى العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، والمبحث الثانى: نتناول فيه الأشكال التعاقدية الجديدة.

المبحث الأول

عقود الامتياز

ظهر هذا النوع من العقود منذ مطلع القرن الحالى وانتشر - بصفة خاصة فى العشرينيات والثلاثينيات - فى أهم البلدان المنتجة للبترول فى منطقة الشرق الأوسط مثل إيران والعراق والسعودية.

ولقد ظل عقد الامتياز الشكل القانونى السائد فى تنظيم العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال طوال النصف الأول من القرن الحالى تقريبا.

ولكن لما كانت هذه العقود قد أبرمت فى ظل ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية مكنت الشركات الأجنبية من الإستفادة القصوى من هذه العقود، فإنه مع تغير هذه الظروف لم تعد هذه العقود بالحالة التى كانت عليها وقت إبرامها صالحة لتنظيم العلاقة بين كل من الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها. ولذا كان من الطبيعى أن يتم إدخال تعديلات على هذه العقود لكى تتمشى مع الظروف الجديدة، وبما يحقق مصالح كل من الطرفين.

ونعرض فيما يلى، على نحو موجز، لهذه العقود فى صورتها الأولى وللظروف التى صاحبت نشأتها، ثم نعرض بعد ذلك لأهم التعديلات التى أدخلت عليها، كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

عقود الامتياز فى صورتها الأولى
والظروف التى صاحبت نشأتها

بالاطلاع على العديد من عقود امتياز البترول التى أبرمت فى النصف الأول من القرن الحالى - خصوصا فى منطقة الشرق الأوسط - يمكن تعريف عقد الامتياز: بأنه ذلك التصرف الذى تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق فى البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكامنة فى إقليمها أو فى جزء منه، والحق فى استغلال هذه الموارد

بالتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة، فى مقابل حصول هذه الدولة على فرائض مالية معينة(١).

وعلى الرغم من أن هذه العقود قد تتباين فيما بينها من حيث ما تشتمل عليه من أحكام وشروط سواء أكانت شروطا قانونية أو مالية أو فنية أو تجارية. بيد أن هناك خصائص عامة وسمات مشتركة بين هذه العقود جميعا يمكن أن نوجزها فيما يلى:

أولا: منحت عقود امتياز البترول الأولى الشركات الأجنبية الحق المطلق فى البحث والتنقيب للكشف عن البترول واستخراجه من مناطق الامتياز، وكذلك الحق فى نقل البترول المستخرج وتكريره وتصديره كمادة خام(٢). بيد أن أهم حق منحته هذه العقود للشركات الأجنبية، وهو ما يميزها عن غيرها من الأشكال التعاقدية اللاحقة، هو الحق فى ملكية البترول المنتج والتصرف فيه(٣).

ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك عقد امتياز البترول الذى ابرم فى ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ بين شاه إيران والمليونير البريطانى الجنسية وليم

---

(١) انظر فى هذا المعنى تقريبا:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 14, No. 34.

حيث يذكر أن عقد امتياز البترول هو:

«Un acte par lequel un État accorde à une entreprise étrangère le droit exclusif de rechercher et d'exploiter des Hydrocarbures sur un territoire et pendant une durée déterminé.».

(٢) انظر فى نفس المعنى: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى، النظام القانونى لعمليات البترول، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ، بدون ناشر، ص ١٣؛ د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٥٨. وللمزيد من التفاصيل حول حق الشركات الأجنبية فى البحث عن البترول واكتشافه وانتاجه، انظر: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٣١ ومابعدها.

(٣) انظر:

Leboulanger (Ph.): Op. Cit., P. 14, No. 34.

وللمزيد من التفاصيل حول حق الشركات الأجنبية فى ملكية البترول المنتج والتصرف فيه، راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٣٩ ومابعدها.

دارسى William Knox D'ARCY، والذى يعد أول عقد امتياز بترولى تم إبرامه فى منطقة الشرق الأوسط. فقد منح هذا العقد، طبقا للمادة الأولى منه، الطرف الأجنبى المذكور، الحق فى البحث عن البترول ومشتقاته واستغلاله وتسويقه ونقله وبيعه لمدة ستون عاما(١).

ومع ذلك، من الجدير بالملاحظة أن حق الشركة صاحبة الإمتياز فى تملك البترول المنتج والتصرف فيه لم يكن حقا مطلقا. فقد تضمنت غالبية هذه العقود شروطا تعاقدية تعد بمثابة قيودا حقيقية على ممارسة الشركة لهذا الحق(٢). ومن قبيل ذلك الشروط التعاقدية التى تنص على حق الحكومة فى أن تأخذ مجانا كميات معينة من البترول المنتج(٣). وكذلك الشروط التعاقدية التى تنص على دفع إتاوة للدولة المنتجة تتمثل فى نسبة معينة من البترول المنتج ومشتقاته(٤)، وتلك التى تنص على حق

---

(١) انظر:

Ait Chaalal (M.S.): Op. Cit., P. 78.

وكأمثلة لهذه العقود يمكن أن نذكر أيضا: عقد الامتياز المبرم بين حكومة السعودية وشركة استاندرد أويل كاليفورنيا عام ١٩٢٢ (م ١)، عقد الامتياز المبرم بين نفس الحكومة وشركة الباسفيك فى ٢٠ فبراير عام ١٩٤٩ (م ١)، وعقود الامتياز الثلاثة التى أبرمتها حكومة العراق مع شركة النفط التركية عام ١٩٢٥، وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢، وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨. راجع فى هذه العقود جميعا: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٩ ومابعدها، ص ٩٠ ومابعدها، ص ٢٢٣ ومابعدها، ص ٢٧٢ ومابعدها، ص ٢٠٦ ومابعدها، على التوالى.

(٢) انظر فى نفس المعنى: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ص ٧٥ - ٧٧:

(٣) كأمثلة لذلك راجع: المادة (١٩) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة السعودية وشركة استاندرد أويل كاليفورنيا عام ١٩٣٣، المادة (١٢) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة العراق وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢، (المادة ١٤) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة العراق وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨.

(٤) راجع على سبيل المثال: البند (٤) من عقد استغلال منطقة رأس غارب بين الحكومة المصرية والشركة الانجليزية المصرية لآبار الزيوت المبرم فى ١٩ ديسمبر ١٩٣٨، والبند (٤) فى عقد استغلال منطقة سدر للبترول المبرم فى ١٠ نوفمبر عام ١٩٤٨ بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إجبشيان أويل. البند (٨) من عقد الاستغلال المبرم بين الحكومة المصرية وشركة كونورادا الأمريكية فى ٣ فبراير عام ١٩٥٤. -

الدولة المتعاقدة فى شراء نسبة معينة من البترول المنتج لأجل الاستهلاك المحلى لها(١). هذا إلى جانب الشروط التعاقدية التى توجب على الشركة صاحبة الامتياز عدم بيع أى منتجات أو مستخرجات تحصل عليها من منطقة الامتياز لأية سلطة أجنبية معادية أو غير صديقة أو لرعاياها(٢).

ثانيا: لقد تم إبرام غالبية هذه العقود لفترات طويلة المدة إلى حد يفوق المعقول. وقد تراوحت مدد هذه العقود ما بين ستين عاما إلى خمسة وسبعين عاما(٣). فعلى سبيل المثال، لقد بلغت مدة عقد امتياز دارسى مع شاه إيران المبرم سنة ١٩٠١ مدة ستين عاما من تاريخ إبرامه(٤). وبلغت مدة عقد امتياز شركة نفط قطر مع شيخ قطر والمبرم فى ٢٧ مايو

والبند (٤) من عقد استغلال منطقة بترول رأس مطارمه المبرم فى ٦ سبتمبر عام ١٩٥٤ بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إجبشيان. راجع فى هذه العقود جميعا د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب: المرجع السابق، ص ٤١٢، ص ٤٣٤، ص ٤٩٠، ص ٥٢٥، على التوالى.

(١) راجع على سبيل المثال: المادة (٩) من العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة الباسفيك عام ١٩٤٩، والمادتين (١٤ - ١٥) من العقد المبرم بين العراق وشركة النفط التركية عام ١٩٢٥، والبند (٧) من عقد استغلال منطقة رأس غارب بين الحكومة المصرية والشركة الأنجلو مصرية لآبار الزيوت عام ١٩٢٨، والبند (٩) من العقد المبرم بين مصر وشركة كونورادا عام ١٩٥٤.

(٢) انظر على سبيل المثال: المادة (٢٩) من العقد المبرم بين السعودية وشركة الباسفيك عام ١٩٤٩.

(٣) انظر فى نفس المعنى:

Ait Chaalal (M.S.): Op. Cit. P. 76, Bettems (D.): Op. Cit., P. 36.

وانظر أيضا: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى، المرجع السابق، ص ١٤؛ د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٥٨ ومابعدها.

(٤) انظر:

Ait Chaalal (M.S.): Op. Cit., P. 76.

وكأمثلة لهذه العقود راجع: عقد امتياز شركة أمينويل مع حكومة الكويت المبرم فى ٢٨ يونيو عام ١٩٤٨ (د. سعد علام، موسوعة التشريعات البترولية للدول العربية. منطقة الخليج، الدوحة - قطر، الطبعة الأولى، ١٩٧٨، ص ٢٥٩). عقد الامتياز المبرم بين السعودية وشركة استاندرد أويل كاليفورنيا، عام ١٩٣٣.

١٩٢٥ خمسة وسبعين عاما(١). وعلى الرغم من استغراق هذه المدد لفترات طويلة، فإنها كانت قابلة للمد. ويمكن أن أذكر على سبيل المثال الاتفاق التكميلي المبرم بين حكومة السعودية وشركة استاندرد أويل كاليفورنيا عام ١٩٣٩ فقد نصت المادة (١٠) منه على أن «يستمر الامتياز العربي السعودي ... نافذ المفعول ومعمولا به بصورة تامة لمدة ست سنوات من بعد انتهاء مدة الستين سنة المنصوص عليها في المادة الأولى من الامتياز العربي السعودي»(٢).

ومن الجدير بالإشارة في هذا المقام أن عقود الامتياز التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية كانت متميزة عن العقود الأخرى المبرمة في منطقة الشرق الأوسط من حيث قصر مدتها(٣). وكذلك الحال أيضا بالنسبة لعقود امتياز البترول المبرمة بين الشركات الأجنبية ودول أمريكا اللاتينية حيث كانت تتميز بقصر مدتها بالمقارنة بعقود الامتياز المبرمة مع دول منطقة الشرق الأوسط(٤).

ثالثا: كانت منطقة الامتياز تغطي مساحات شاسعة للغاية من إقليم الدولة المنتجة، بل وفي بعض الأحيان كانت تغطي منطقة الامتياز جميع أراضي الدولة المنتجة ومياهها الإقليمية(٥). ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر

---

(١) راجع في هذا العقد: د. سعد علام، موسوعة التشريعات ....، المرجع السابق، ص ٤٣٩. ومن أمثلة هذه العقود راجع: عقد امتياز شركة شل مع قطر المبرم في ٢٩ فبراير عام ١٩٥٢، عقد امتياز شركة نفط أبوظبي مع أبوظبي المبرم في ١١ يناير عام ١٩٣٩. انظر في هذه العقود، د. سعد علام، المرجع المذكور، ص ٤٤٤، ص ٥٠٩ على التوالي.

(٢) راجع في هذا الاتفاق: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٤٤ ومابعدها.

(٣) ومن أمثلة ذلك: عقد استغلال منطقة رأس غارب المبرم في ١٩ ديسمبر عام ١٩٣٨ بين الحكومة المصرية والشركة الأنجلو مصرية، حيث كانت مدة الإستغلال ٣٠ عام (البند الأول) قابلة للتجديد مرة واحدة لمدة خمس عشر سنة أخرى (البند ٢٨). كذلك عقد استغلال منطقة رأس سدر بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو اجبشيان في ١٠ نوفمبر ١٩٤٨. راجع في هذين العقدين: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٤١٢، ص ٤٢٤ على التوالي.

(٤) انظر: Bettems (D.): Op. Cit., P. 37.

(٥) انظر في نفس المعنى: د. عبدالباري أحمد عبدالباري، المرجع السابق، ص ١٤. د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق ص ٦٠.

ما نصت عليه المادة الأولى من عقد امتياز شركة نفط قطر مع شيخ قطر المبرم فى ١٧ مايو لسنة ١٩٣٥ من أن «يمنح الشيخ الشركة فى إمارة قطر حق البحث والتنقيب ... والمقصود بإمارة قطر كل المنطقة التى يمتد إليها حكم الشيخ». وما نصت عليه أيضا المادة الأولى من العقد المبرم بين شيخ الكويت وشركة نفط الكويت عام ١٩٣٤ من أن «يمنح الشيخ الشركة الحق فى البحث والحفر ... فى كل إمارة الكويت بما فى ذلك الجزر والمياه الإقليمية»(١).

ومن الجدير بالإشارة فى هذا الصدد أنه على الرغم من المساحات الشاسعة التى كانت عليها منطقة الامتياز، لم تكن غالبية عقود الامتياز تتضمن نصا يلزم الشركات الأجنبية بالتخلى عن المناطق غير المستغلة. وحتى عندما تتضمن بعض العقود نصا ينظم التخلى، فإننا نلاحظ على هذا النص أنه لم يكن يلزم الشركة الأجنبية بالتخلى عن المناطق غير المستغلة، بل كان يعلق التخلى على محض إرادة الشركة صاحبة الامتياز(٢).

رابعا: بموجب عقود الامتياز هذه، حصلت الشركات الأجنبية المتعاقدة - على حد تعبير بعض الفقهاء(٣) - على حصانة دولية حقيقية Un Véritable Statut exterritorialité حيث كانت تتمتع هذه

---

(١) راجع فى ذلك: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٥٦. ومن أمثلة ذلك أيضا: العقود الثلاث التى أبرمتها العراق مع شركة النفط التركية عام ١٩٢٥ (م ٢) وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢، وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨، راجع فى هذه العقود: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢٢٢، ص ٢٧٢، ص ٢٠٧ على التوالى.

(٢) من ذلك على سبيل المثال المادة التاسعة من العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة ستاندر أويل كاليفورنيا عام ١٩٣٢ إذ نصت على أن «... تتخلى الشركة للحكومة عن بقع من المنطقة المشمولة يكون قد تقرر لديها إذ ذاك عدم المثابرة على ارتيادها أو عدم استعمالها بشكل اخر له علاقة بهذا المشروع، وكذلك تتخلى الشركة للحكومة من أن لأخر خلال مدة هذه الاتفاقية عن بقع أخرى من المنطقة المشمولة التى قد تكون قررت الشركة آنذاك عدم المضى فى استكشافها أو تنقيبها أو عدم استعمالها ...».

(٣) انظر: Ait chaalal (M.S.): Op. Cit., P. 78.

الشركات بالإعفاء من أية رسوم جمركية، وكان لها الحق المطلق Illimité فى الاستيراد وبدون ضرورة الحصول على الترخيص بذلك. كما أعفت هذه العقود الشركات الأجنبية المتعاقدة من الخضوع للضرائب بأنواعها المختلفة، المباشرة وغير المباشرة. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٢١) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة استاندرد أويل كاليفورنيا عام ١٩٣٣ من أن «... تعفى الشركة والمشروع من جميع الضرائب المباشرة وغير المباشرة ومن المكس والعوائد والأجور والرسوم بما فيها الرسوم الجمركية عن الصادر والوارد ...»(١).

خامسا: كانت المدفوعات المالية التى تحصل عليها الدول المنتجة - بموجب هذه العقود - من الشركات المتعاقدة معها نظير استغلال هذه الشركات لثرواتها البترولية عبارة عن محصلة لثلاثة أشياء(٢): ١ - الإتاوة أو الريع وهو عبارة عن مدفوعات نقدية أو عينية تلتزم الشركة صاحبة الامتياز بأدائها إلى الدولة المتعاقدة عن كل وحدة إنتاج بترولى تحصل عليها من المنطقة التى يشملها عقد الامتياز. ويتم تحديد هذه الإتاوة أو الريع على أساس مبلغ معين عن كل وحدة من الإنتاج(٣) أو على أساس نسبة منوية معينة من كمية الإنتاج(٤). ٢ - الإيجار وهو عبارة عن مبلغ من المال يتم دفعه سنويا من قبل الشركة صاحبة الامتياز نظير استعمال الشركة لسطح الأرض التى يغطيها عقد الامتياز. ويبدأ دفع الإيجار منذ

---

(١) راجع: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) راجع فى الفرائض المالية التى كانت تحصل عليها الدول المنتجة، د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٢٥٨ ومابعدها.

(٣) من ذلك العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣ (م ١٤)، والعقد المبرم بين العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٥ (م ١٠)، انظر د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢٦، ص ٢٢٨ على التوالى.

(٤) من ذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الإنجليزية المصرية لآبار الزيوت، عام ١٩٣٨ بشأن استغلال منطقة رأس غارب (البند الرابع)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إجبشيان أويل عام ١٩٤٨ لاستغلال منطقة سدر للبترول (البند الرابع). انظر د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٤١٤، ص ٤٢٦ على التوالى.

تاريخ نفاذ العقد وينتهي بتاريخ بدء الإنتاج[١]. أو البدء في تصدير البترول[٢]. حسبما يقضي العقد. وذلك فيما عدا عقود الامتياز التي أبرمتها مصر حيث كانت تنص على سريان الإيجار طوال مدة العقد[٣]. ٣ - مكافأة التوقيع وهي عبارة عن مبلغ من المال تحصل عليه الدولة من الشركة المتعاقدة بمجرد إبرام العقد. وذلك بصرف النظر عن قيام الشركة بعمليات البحث من عدمه. وبصرف النظر عن النتائج التي قد تسفر عنها عمليات البحث والتنقيب[٤].

وفي ضوء ذلك. كانت العوائد المالية التي تحصل عليها الدول المنتجة - بموجب عقود الامتياز - ضعيفة للغاية بالمقارنة بما حققته الشركات الأجنبية المتعاقدة من أرباح. وبما حصلت عليه الدول الأجنبية التي تنتمي إليها هذه الشركات من عوائد. ويكفي للتدليل على صحة ذلك أن إيران على سبيل المثال. قد حصلت على دخل إجمالي من ثرواتها البترولية في الفترة من عام ١٩١١ - وهو التاريخ الذي بدأت فيه الشركة الأنجلو إيرانية مباشرة عملياتها - إلى عام ١٩٥١، تاريخ تأميم هذه الشركة. يقدر بحوالي ٣١٦ مليون دولار. في حين أن الحكومة البريطانية وحدها قد حصلت في خلال تلك الفترة على ٧٠٠ مليون دولار كضريبة. بالإضافة إلى ٦١٢ مليون دولار كأرباح عن حصتها في أسهم الشركة[٥].

سادسا: لم تقدم عقود الامتياز أية فرصة للدول المنتجة في أن تشارك في استغلال ثرواتها البترولية الكامنة في أراضيها. فقد كانت

---

(١) من ذلك العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣ (م د). راجع د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ٢٠.

(٢) من ذلك العقد المبرم بين العراق وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ (م ١٠). انظر المرجع المذكور أعلاه. ص ٢٧٥.

(٣) راجع على سبيل المثال العقدين المشار إليهما في الهامش رقم ٢ بنفس الصفحة. وكذلك أيضا العقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة كونواردا عام ١٩٥٤ (البند ٢١٨). د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ٥٠٢.

(٤) من ذلك العقد المبرم بين السعودية وشركة جيتي عام ١٩٤٩ (م ٤). د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ٩٥.

(٥) انظر: Ait Chaalal (M.S.). Op. Cit., P. 84.

الشركات المتعاقدة تنفرد بهذا الحق وحدها، ولا ينازعها فيه أحد.

صحيح أن بعض عقود الامتياز قد نصت على إمكانية مشاركة الدولة المتعاقدة فى رأس مال الشركة المتعاقدة. كما هو الشأن بالنسبة لعقد الامتياز المبرم بين حكومة العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٥. فقد نصت المادة (٣٤) من هذا العقد على أنه كلما عرضت الشركة على الجمهور إصدارا من الأسهم، يجب أن تفتح قوائم الاكتتاب فى العراق وفى الخارج فى آن واحد. ويجب أن يعطى العراقيون الموجودون فى العراق حق الأفضلية للاكتتاب بعشرين فى المائة (٢٠٪) على الأقل من هذا الإصدار(١). وكذلك الأمر بالنسبة لعقد الامتياز المبرم بين إيران والشركة الأنجلو إيرانية عام ١٩٣٣. فقد أجاز فى المادة (١٨) منه للمواطنين الإيرانيين الاكتتاب فى أسهم الشركة فى كل مرة تعرض فيها الشركة إصدارا من الأسهم(٢). بيد أن أى من هذه النصوص لم يوضع قط موضع التنفيذ. ولعل السبب فى ذلك يرجع بداهة إلى أن هذه المشاركة كانت مشروطة باصدار الأسهم فى المستقبل من قبل الشركة المتعاقدة لزيادة رأسمالها وهو مالم يحدث(٣).

ومن الجدير بالإشارة فى هذا المقام أن غالبية عقود الامتياز(٤)

---

(١) انظر د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(٢) راجع: Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 201.

(٣) ومن الجدير بالذكر أنه لما طالبت الحكومة العراقية بتطبيق هذا النص، ردت الشركة على طلبها بما يفيد الاستخفاف والسخرية، وذلك بقولها «بما أننا لسنا شركة عامة فإننا ببساطة لا نصدر ولا نستطيع أن نصدر أسهما للجمهور». أنظر، د. عبدالرحيم سعيد، المرجع السابق، ص ص ١١٩ - ١٢٠.

(٤) انظر على سبيل المثال: العقد المبرم بين السعودية وأرامكو عام ١٩٣٣ (م ٢١)، والعقد المبرم بين السعودية وشركة الباسفيك علم ١٩٤٩ (م ٤٥)، والعقد المبرم بين العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٥ (م ٤٠)، العقد المبرم بين العراق وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ (م ٢٩)، والعقد المبرم بين العراق وشركة نفط البصرة علم ١٩٣٨ (م ٤١). وانظر أيضا: العقد المبرم بين حاكم قطر وشركة نفط قطر فى ١٧ مايو عام ١٩٣٥ (م ١٦)، والعقد المبرم بين شيخ أبوظبى وشركة التنمية المحدودة بترول فى ١٠ يناير عام ١٩٣٩ (م ١٧). راجع فى هذه العقود: HANDJANT (A.), Les arbitrages entre les Etats et les sociétés pétrolières, Mémoire Pour le diplôme d'Etudes supérieures de droit public, Paris, I, 1975, P. 57 etSS.

- خصوصا فى منطقة الشرق[١] - قد درجت على تضمينها نصا يقضى بتسوية أى نزاع أو خلاف ينشأ بين الأطراف بطريق التحكيم.

وهكذا جاءت شروط عقد الامتياز وكأنها أمليت من جانب واحد، وصيغت بنودها بالصورة التى ترضى طرفا واحدا فقط ألا وهو الشركات الأجنبية صاحبة الامتياز[٢]، وعلى نحو يجعل غنائم هذا الاستغلال للشركات الأجنبية ولا يعود منه إلا بأقل المزايا على البلدان المنتجة[٣].

وبإيجاز شديد يمكن القول بأنه فى ظل عقود الامتياز الأولى كانت الشركات الأجنبية هى المهيمنة كلية على جميع مراحل صناعة البترول فى منطقة الشرق الأوسط. فقد كان لها الحق المطلق غير المتنازع فيه فى البحث والتنقيب عن الثروات البترولية. وتطوير وإنتاج وتصدير كميات البترول بالأسعار والمعدلات التى تحددها هذه الشركات نفسها. وذلك فى مقابل عوائد Royalty معينة تحصل عليها الدول المنتجة المتعاقدة[٤].

ولعل ذلك كله كان راجعا للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى أبرمت فى ظلها هذه العقود. فمن المعروف أن معظم الدول المنتجة للبترول - خصوصا الدول العربية - كانت واقعة تحت الاحتلال من جانب الدول الاستعمارية الكبرى التى تنتمى إليها الشركات الأجنبية

---

(١) باستثناء عقود الامتياز التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية، حيث كانت تتضمن نصا يقضى بأن كل نزاع يقوم بين الحكومة والشركة المتعاقدة فيما يتعلق بأحكام هذا العقد يكون من اختصاص المحاكم المصرية. انظر على سبيل المثال: عقد استغلال منطقة سدر المبرم عام ١٩٤٨ بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إجبشيان عام ١٩٤٨ (البند ٢٧)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة كونورادا الأمريكية عام ١٩٥٤ (البند ٤١)، وعقد استغلال رأس مطارمة بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إجبشيان عام ١٩٥٤ (البند ٤٥).

(٢) انظر: د. سعد علام، شرط التحكيم فى اتفاقيات البترول بالبلاد العربية بين الإبقاء والإلغاء، بحث مقدم للمؤتمر السابع لاتحاد المحامين العرب، بغداد، ديسمبر عام ١٩٦٤.

(٣) انظر: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٨.

(٤) انظر: د. عبدالبارى احمد عبدالبارى، المرجع السابق، ص ٩.

الكبرى العاملة فى مجال البترول وذلك فى الفترة التى أبرمت فيها هذه العقود. وكانت حكومات الدول الاستعمارية التى تنتمى إليها شركات البترول الكبرى دائما ما تتدخل لمساندة هذه الشركات مستخدمة إمكانياتها السياسية والدبلوماسية للضغط على حكومات الدول المنتجة للبترول للموافقة على منح عقود امتياز البترول بالشروط التى تتفق ومصلحة هذه الشركات. ولعل من أوضح الأمثلة على ذلك، الضغط الذى مارسته الحكومة البريطانية على حكومة العراق والتهديد الذى لوحت به لفصل مدينة الموصل عن العراق فى سبيل منح الشركة التركية (شركة النفط العراقية فيما بعد) امتياز باستغلال البترول فى العراق(١).

ومن العوامل التى ساهمت أيضا فى إبرام عقود الامتياز التقليدية بالشكل الذى كانت عليه عدم وجود أنظمة قانونية فى الدول المنتجة للبترول صالحة لتنظيم النواحى المختلفة والمعقدة المتعلقة بإقامة صناعة مثل صناعة البترول. ومن أجل تكملة هذا النقص فإن عقود الامتياز تم صياغتها على النحو الذى أصبحت معه مواثيق حقيقية كافية بذاتها لمزاولة عمليات استثمار البترول. وذلك فى ظل غياب كلى تقريبا للمقومات الأساسية اللازمة. وأية رقابة حكومية ممكنة(٢). فهذه البلدان لم يكن لديها أنظمة

---

(١) راجع فى ذلك مع المزيد من التفاصيل حول تأثير العوامل السياسية على إبرام عقود الامتياز البترولية: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ١٦ ومابعدها.

(٢) انظر:

EL. Kosheri (A.S.): Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, Recueil des cours, 1975, P. 219, Spéc. P. 244, No. 21.

حيث يذكر:

«Les premières grandes concessions furent accordées par des autorités locales non seulement faibles et placées sous domination étrangère, mais surtout agissant dans le cadre de systèmes juridiques rudimentaires et archaiques. Les sociétés tribales de nomades vivant encore au moyen âge possédaient alors peu de règles juridiques capables de régir les différents aspects

قانونية تحقق لها السيطرة والسيادة على ثرواتها البترولية. وتحدد الإطار القانونى الذى تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها فى مجال البحث عن البترول واستغلاله(١).

هذا بالإضافة إلى حالة الضعف الاقتصادى التى كانت عليها البلدان المنتجة للبترول بالمقارنة بالشركات الأجنبية الكبرى العاملة فى هذا المجال. وعدم تقدير حكومات هذه الدول لأهمية ثرواتها البترولية. وعدم وجود أى دراية لها بشئون البترول. فهذه العقود أبرمت بين طرفين غير متكافئين: أحدهما الشركات الأجنبية التى تملك رأس المال والخبرة الفنية والقانونية. والآخر الدول المنتجة التى تملك الموارد البترولية فى أراضيها ولا حول لها ولا قوة. حيث ينقصها رأس المال والخبرة الفنية والقانونية لإبرام هذه العقود(٢). وبناء عليه، استطاعت الشركات الأجنبية إبرام عقود تحقق لها السيطرة الكاملة على تلك الموارد.

- complexes relatifs `a l´implantation d´une industrie hautement saphistiquee. Pour combler cette lacune, les concessions de cette époque furent rédigées d´une façon `a devenir de véritables chartes suffisantes en elles - mêmes pour entreprendre l´exploitation pétrolière en l´absence prusque totale de l´infrastructure nécessaire et d´un contrôle gouvernemental possible.-.

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٥٤ - ٥٥.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ٥٥ ومابعدها. ويذكر أنه فى عام ١٩٦٩ أجرى اثنان من الخبراء المصريين فى مجال البترول مقابلة مع مدير البترول (بمثابة وزير البترول) فى دبى حديثا صحفيا فقال فيه «ليس لدينا خبير فى الاتفاقيات البترولية ... وعندما ذهبنا إلى إنجلترا وجدنا الجانب الانجليزى فى الاتفاقية البترولية مستعدا بعدد كبير من الخبراء المتخصصين». ثم أضاف مدير البترول «إن هؤلاء الخبراء كتبوا الاتفاقية ولم أدخل فى جدل ومناقشات أو أتدخل ... فهم عندهم العلم». نفس المرجع المذكور، ص ٥٦.

وهكذا، جاءت عقود الامتياز الأولى متناسبة مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية التى كانت سائدة آنذاك فى الدول المنتجة. ولذلك لما تغيرت هذه الظروف، كان من الطبيعى أن يتم إدخال تعديلات على هذه العقود لتتمشى مع الظروف الجديدة. وهو ما سنعرض له الآن.

المطلب الثانى

أهم التعديلات التى أدخلت على عقود الامتياز الأولى

كانت الحرب العالمية الثانية نقطة تحول حاسمة فى تاريخ صناعة البترول، حيث تضاعف استخدام البترول. ولعب البترول دورا هاما وحاسما فى هذه الحرب، مما أدى إلى إشتداد الطلب على البترول وارتفاع أسعاره وبصفة خاصة بترول الشرق الأوسط(١). ولذلك كان من الطبيعى أن يتم إدخال تعديلات على عقود الامتياز التى كانت مبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال.

ويمكن حصر أبرز هذه التعديلات وأهمها فى أربع نقاط هى:

أولا: الأخذ بنظام مناصفة الأرباح.
ثانيا: مسألة تنفيق الريع أو الإتاوة.
ثالثا: الأخذ بنظام التخلى.
رابعا: الأخذ بنظام المشاركة.

أولا: نظام مناصفة الأرباح:

يعتبر الأخذ بنظام مناصفة الأرباح من أبرز وأهم التعديلات التى طرأت على عقود امتياز البترول المبرمة بين البلدان المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. ففى عام ١٩٤٨ أصدرت فنزويلا تشريعا فرضت بموجبه ضريبة ربح على الشركات الأجنبية العاملة فى أراضيها بمعدل خمسين فى المائة (٥٠٪) مكرسة بذلك ولأول مرة قاعدة مناصفة

---

(١) انظر: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى، المرجع السابق، ص ٢١.

الأرباح فى العلاقة بين البلدان المنتجة للبترول وشركات البترول الأجنبية(١). مما دفع الدول الأخرى المنتجة للبترول إلى المطالبة بإعمال هذه القاعدة فى علاقاتها مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها.

فأصدرت المملكة العربية السعودية فى نوفمبر سنة ١٩٥٠ الموافق ٢٤ محرم لسنة ١٣٧٠ هجرية المرسوم الملكى رقم ٣٣٢١/٢٨/٢/١٧، والذى فرض لأول مرة ضريبة على أرباح الشركات العاملة فى الأراضى السعودية. كما أصدرت فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ الموافق ١٧ من ربيع الأول سنة ١٣٧٠ هجرية المرسوم الملكى رقم ٧٦٣٤/٢٨/٢/١٧ والخاص بفرض الضريبة على أرباح الشركات العاملة فى مجال البترول. وبناء على هذين المرسومين، تم إبرام اتفاق مناصفة أرباح بين السعودية وشركة الزيت العربية الأمريكية (والمسماة أرامكو) فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ الموافق ٢٠ من ربيع الأول سنة ١٣٧٠ هجرية. ومن أهم ما جاء بهذا الاتفاق «١- بالرغم مما نصت عليه المادة ٢١ من اتفاقية امتياز أرامكو، فإن أرامكو تخضع لضريبتى الدخل المنصوص عليهما فى المرسومين الملكيين الكريمين رقم ٣٣٣٢١/٢٨/٢/١٧، ورقم ٧٦٣٤/٤٨/٢/١٧ المرفقين بهذه الاتفاقية للرجوع إليهما، على أنه من المتفق عليه: أ- ألا يتعدى بأى حال من الأحوال مجموع تلك الضرائب وجميع الضرائب الأخرى والريوع والإيجارات واستحقاقات الحكومة عن أية سنة من السنوات عن خمسين فى المائة (٥٠٪) من إجمالى دخل أرامكو ...»(٢).

كما أخذت العراق بقاعدة مناصفة الأرباح. ففى عام ١٩٥٢ أبرمت مع مجموعة الشركات العاملة فى أراضيها - وهى شركة نفط العراق، وشركة نفط الموصل، وشركة نفط البصرة - اتفاقية مناصفة أرباح نصت المادة الثانية منها على أن تستوفى الحكومة العراقية مبلغا يعادل خمسين فى المائة (٥٠٪) من الربح الناتج من عمليات هذه الشركات فى العراق(٣).

---

(١) راجع: Bettems (D.): Op. Cit., P. 38, No. 22.

(٢) راجع فى ذلك: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٤٠ ومابعدها.

(٣) راجع فى هذا الاتفاق، د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٢٤٦ ومابعدها.

كما أخذت بهذه القاعدة دولة الكويت فى عام ١٩٥١ مع شركات البترول العاملة فى إقليمها(١). كما أخذت بها أيضا الشركة الوطنية الإيرانية فى العقد الذى أبرمته فى ١٩ سبتمبر عام ١٩٥٤ مع مجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم(٢). ولقد انتشر الأخذ بقاعدة مناصفة الأرباح فى البلدان المنتجة للبترول فى منطقة الشرق الأوسط، وأصبحت النظام السائد فى العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية.

ولكن، على الرغم من المزايا المالية التى حققها نظام مناصفة الأرباح للدول المنتجة للبترول، حيث أصبحت هذه الدول تحصل بموجبه على خمسين فى المائة (٥٠٪) من الأرباح التى تحققها الشركات الأجنبية المتعاقدة معها، وما ترتب على ذلك من إزدياد اهتمام هذه الدول بكميات البترول المستخرجة من أراضيها، وبأسعار بيع البترول، والأرباح التى تحصل عليها هذه الشركات(٣). بيد أن نظام مناصفة الأرباح كان منتقدا من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، فإن حكومات الدول المنتجة كانت تحصل على نصف الأرباح بعد استقطاع الضرائب التى كانت تدفعها الشركات المستثمرة للحكومات التابعة لها، مما كان يحرم الدول المنتجة من نسبة كبيرة من الدخل، ويجعل من المناصفة فى الأرباح أمرا غير واقعى(٤).

---

(١) انظر: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام أن رفض الشركة الأنجلو إيرانية إعمال قاعدة مناصفة الأرباح بينها وبين إيران، كان أحد الأسباب التى أدت إلى قيام حكومة الدكتور مصدق بتأميم ممتلكات الشركة عام ١٩٥١ ونقلها إلى الشركة الوطنية الإيرانية للبترول. ولقد واجهت إيران أزمة حقيقية نتيجة اتفاق شركات البترول على عدم التعامل فى البترول الإيرانى مما أدى إلى الانخفاض الحاد فى إنتاجه. بل لقد وصل الأمر إلى حد مصادرة البترول الإيرانى فى موانىء بعض الدول وتوقيع الحجز عليه. ولم يتم تسوية هذه الأزمة إلا بعد إسقاط حكومة مصدق، حيث تم فى ١٩ سبتمبر ١٩٥٤ إبرام عقد بين إيران والشركة الوطنية الإيرانية من ناحية، ومجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم من ناحية أخرى. ولقد تبنى الأطراف فى هذا العقد قاعدة مناصفة الارباح. راجع فى ذلك:

Bettems (D.): Op. Cit., PP. 38 - 39, No. 23.

(٣) انظر: د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ص ١١١ - ١١٢.

(٤) انظر: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى، المرجع السابق، ص ٢٩.

ومن ناحية ثانية، فإن نظام مناصفة الأرباح لم يدخل ضمن الأرباح التى كانت تحققها الشركات الأجنبية المتعاقدة سوى الأرباح الناجمة عن عمليات الإنتاج التى تتم داخل أقاليم البلدان المنتجة، دون تلك الناجمة عن العمليات الأخرى التى تتم خارج أقاليم هذه البلدان، كنقل البترول وتسويقه وتكريره، والتى كانت تستأثر بها الشركات المتعاقدة وحدها. ولما كانت قاعدة مناصفة الأرباح لم تكن تشمل سوى الأرباح الناجمة عن عمليات الإنتاج، فقد عمدت الشركات إلى تخفيض أسعار البترول الخام، ونقل جزء من الأرباح إلى العمليات الأخرى التى تتم خارج البلدان المنتجة، وهو ما كان يؤدى فى النهاية إلى تخفيض نصيب الدول المنتجة من الأرباح(١).

ثانيا: مسألة تنفيق الإتاوة (أو الريع):

ظهرت مشكلة تنفيق الإتاوة أو الريع بعد الأخذ بنظام مناصفة الأرباح، حيث ثار التساؤل عما إذا كانت الإتاوة أو الريع الذى تحصل عليه حكومات الدول المتعاقدة يدخل ضمن نسبة الخمسين بالمائة (٥٠٪) التى تحصل عليها وفقا لنظام مناصفة الأرباح أم أنها تعد من قبيل نفقات أو تكلفة الإنتاج التى تقبل الخصم من الدخل الإجمالى الذى تحصل عليه الشركات المتعاقد عند حساب الضريبة المستحقة عليها طبقا لقاعدة مناصفة الأرباح.

لقد تمسكت الشركات الأجنبية المتعاقدة بالنظر إلى الإتاوة أو الريع على أنه يعد بمثابة جزء من حصة الحكومة فى الأرباح يخصم من نسبة الخمسين بالمائة (٥٠٪) التى تحصل عليها الدول المتعاقدة. فى حين تمسكت الدول المتعاقدة بالنظر إلى الاتاوة أو الريع على أنه يعد من بين نفقات الإنتاج أو تكلفته التى تخصم من الربح الإجمالى الذى تحصل عليه الشركات المتعاقدة وصولا إلى الربح الصافى الذى تفرض عليه الضريبة وفقا لقاعدة مناصفة الأرباح.

---

(١) راجع د. عبدالرحيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٠٩.

ولقد تبنت منظمة الدول المصدرة للبترول والمسماة «أوبك»(١). هذه المشكلة، وأجرت في هذا الصدد مفاوضات مكثفة بين الدول الأعضاء والشركات الأجنبية المتعاقدة معها وانتهت في المؤتمر الذي عقد في جاكرتا بأندونيسيا في الفترة من ٢٣ - ٢٨ نوفمبر عام ١٩٦٤ إلى قرارها رقم (٤٩) الذي يقضي بتنفيق الإتاوة أو الريع، أي اعتباره جزءا من نفقات الانتاج أو تكلفته وليس جزءا من حصة الدول المتعاقدة في الأرباح. ولقد بادرت الدول المنتجة للبترول التي طبقت هذا القرار بتعديل عقودها المبرمة مع الشركات الأجنبية(٢).

ثالثا: نظام التخلي عن المساحات غير المستغلة:-

لقد مضت الإشارة إلى أن عقود الامتياز الأولى لم تكن تتضمن نصوصا تلزم الشركات المتعاقدة بأن تتخلى عن أية أجزاء من مناطق الامتياز غير المستغلة. مما سمح لهذه الشركات بأن تحتفظ بمساحات شاسعة وتجمد

---

(١) تأسست منظمة الدول المصدرة للبترول عام ١٩٦٠م. وتضم الدول المصدرة للبترول وهي ثلاث عشرة دولة هي: المملكة العربية السعودية، الجزائر، اكوادور، الجابون، أندونيسيا، إيران، العراق، ليبيا، نيجريا، قطر، دولة الإمارات العربية المتحدة، فنزويلا. ويطلق على هذه المنظمة لفظ الأوبك (OPEC) وهي الأحرف الأولى من اسم المنظمة باللغة الإنجليزية: Organization of petroleum exporting countries. راجع في هذه المنظمة ودورها في حماية مصالح الدول الأعضاء فيها: د. عبدالباري أحمد عبدالباري، دور منظمة الدول المصدرة للبترول في حماية مصالح الدول الأعضاء فيها، مجلة الاقتصاد والإدارة التي تصدر عن مركز البحوث والتنمية بكلية الاقتصاد والإدارة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الثاني، محرم ١٣٩٦ هجرية، ص ٤٥. وراجع لنفس المؤلف، النظام القانوني ....، المرجع السابق، ص ٢١٠ ومابعدها.

(٢) راجع في ذلك كله: د. محمد طلعت الغنيمي، تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولي، مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٩؛ د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ص ٢٦٩ - ٢٧٣؛ د. عبدالرحيم سعيد، المرجع السابق، ص ص ١٠٣ - ١٠٤؛ أحمد الخريجي، اشتراك الدول في إدارة الامتياز البترولي، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، ١٩٦٧، ص ٢.

وراجع في شأن المفاوضات التي دارت في إطار منظمة الدول المصدرة للبترول (أوبك) لمسألة تنفيذ الاتاوة أو الريع، البحث الذي أعدته المنظمة بعنوان «منظمة البلدان المصدرة للنفط ومبدأ المفاوضة»، بحث قدم إلى مؤتمر البترول العربي الخامس - القاهرة، ١٩٦٥.

جزءا كبيرا منها بدون استغلال لكى تتجنب منافسة الشركات الأخرى. وكان من شأن ذلك تقييد سلطة الدولة فى استغلال الثروات البترولية الكامنة فى هذه المناطق.

ولقد تنبهت الدول المتعاقدة لهذه المسألة. وبدأت التفاوض مع الشركات المتعاقدة معها. ولقد توصلت بالفعل العديد من الدول إلى إبرام اتفاقات مع الشركات العاملة فى أراضيها تلزمها بالتخلى عن المناطق غير المستغلة وفقا لبرنامج زمنى محدد يوضح فيه المواعيد التى يتم التخلى فيها والمناطق التى يتم التخلى عنها(١).

ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر. على سبيل المثال. الاتفاق الذى تم بين حكومة السعودية وشركة الزيت العربية الأمريكية المسماة «أرامكو» فى ٢٤ مارس عام ١٩٦٣(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد أنه عندما لم يتوصل العراق إلى اتفاق مع الشركات الثلاث العاملة فى أراضيه بشأن التخلى عن المناطق غير المستغلة. أصدرت حكومة العراق القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ الخاص بتعيين مناطق الاستثمار لشركات النفط(٣). وبموجب هذا القانون. استعادت الحكومة العراقية ما يبلغ ٦ر٩٩٪ من الأراضى التى كانت فى حوزة الشركات النفطية الثلاث - شركة نفط العراق وشركة نفط الموصل وشركة نفط البصرة - ومبقية بذلك لتلك الشركات ٤ر٪ من مجموع ما كان تحت سيطرتها سابقا بموجب عقود الامتياز الأولى(٤). وعلى أية حال. فإن أهم

---

(١) راجع فى ذلك مع المزيد من التفاصيل. د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى. النظام القانونى .... المرجع السابق. ص ١٨٧ ومابعدها؛ د. أحمد عبدالحميد عشوش. المرجع السابق. ص ٥٥ ومابعدها؛ د. عبدالرحيم محمد سعيد. المرجع السابق. ص ١٧٩ ومابعدها.

(٢) راجع فى هذا الاتفاق. د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ١١٨٦.

(٣) انظر فى أحكام هذا القانون. د. محمد لبيب شقير. د. صاحب ذهب. المرجع السابق. ص ١٤٥٧؛ وأيضا: د. سعد علام. موسوعة التشريعات .... المرجع السابق. ص ١٦.

(٤) انظر: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى. النظام القانونى .... المرجع السابق. ص

تعديل أدخل على عقود الامتياز هو الأخذ بنظام المشاركة وهو ما سنعرض له الآن.

رابعا: الأخذ بنظام المشاركة في عقود الامتياز القائمة:

أهم تعديل أدخل على عقود الامتياز. ذلك التعديل الذى أدى إلى زوال عقود الامتياز فى صورتها الأولى التى كانت عليها طوال النصف الأول من هذا القرن. وهو اشتراك الدولة فى إدارة واستغلال الثروات البترولية الكامنة فى أراضيها مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها. ففى أعقاب ظهور عقود المشاركة وانتشارها منذ نهاية الخمسينيات وبداية الستينيات على نحو ما سنرى فيما بعد. سعت الدول المنتجة للبترول إلى تعديل عقود الامتياز المبرمة بينها وبين الشركات الأجنبية العاملة فى أراضيها. والأخذ بنظام المشاركة وذلك من خلال منظمة الدول المصدرة للبترول.

ولقد تبنت بالفعل هذه المنظمة السياسة التى مفادها تعديل عقود الامتياز القائمة وتحقيق مشاركة الدول المنتجة فى استغلال ثرواتها البترولية. فقد تضمن قرارها رقم ٩٠ الصادر فى عام ١٩٦٨، النص على حق الدول الأعضاء فى المطالبة بالمشاركة إذا لم تكن تنص العقود النافذة على ذلك. إستنادا إلى مبدأ تغير الظروف. أما إذا كانت العقود النافذة تنص على حق الدولة فى المشاركة فى أسهم الشركة القائمة بالاستغلال ولم يكن قد تم تنفيذ هذا الشرط. فإن النسب المنصوص عليها فى العقد تكون بمثابة الحد الأدنى لحق الدولة فى المشاركة(١).

---

(١) انظر فى هذا القرار والتعليق عليه: د. حسن عطية الله، المرجع السابق، ص ٨٥، ومابعدها. وتجدر الاشارة إلى أن الجزائر قد نجحت فى تعديل عقد الامتياز المبرم بينها وبين الشركة الأمريكية «جيتى» وتم إبرام عقد مشاركة بين هذه الشركة وشركة سوناطراك الجزائرية فى ١٩ أكتوبر عام ١٩٦٨، حصلت بموجبه سوناطراك على (٥١٪) من حقوق وممتلكات شركة جيتى، بما فى ذلك حقول البترول المكتشفة. راجع مع المزيد من التفاصيل حول أحكام هذا العقد:
Benchikh (M.), Les instruments juridiques de la politique Algérienne des Hydrocarbures, Paris, L.G.D.J., 1973, P. 277 etss. El-Kosheri (A.S.), le régime juridique crée ...... Op. Cit., P. 219, Spéc. P. 255 etss.

وقد واصلت منظمة الأوبك سعيها لتحقيق هذا الهدف، فأصدرت فى المؤتمر الخامس والعشرين والذى انعقد فى بيروت فى سبتمبر عام ١٩٧١ قرارا تضمن خطوات إيجابية من أهمها قيام الدول الأعضاء فى منظمة الأوبك بإجراء المفاوضات مع الشركات العاملة فى أراضيها سواء بصفة انفرادية أو جماعية بغرض تحقيق المشاركة. وإعمالا لهذا القرار، أجرت دول الخليج مفاوضات مع الشركات المتعاقدة معها، وانتهت بتوقيع الطرفين للاتفاقية العامة للمشاركة فى نيويورك عام ١٩٧٢. وبموجب هذه الاتفاقية، وافقت الشركات المتعاقدة على أن تتنازل لهذه البلدان ابتداء من أول يناير عام ١٩٧٣ عن خمس وعشرين فى المائة (٢٥٪) من أسهمها على أن ترتفع هذه النسبة تدريجيا حتى تصل إلى واحد وخمسين فى المائة (٥١٪) فى عام ١٩٨٣، وعلى أن تستمر هذه النسبة حتى النهاية الطبيعية لعقود الامتياز المبرمة بينهم(١).

بيد أنه يلاحظ أن مجلس الأمة الكويتى قد رفض هذه الاتفاقية بعد أن كانت حكومة الكويت قد وقعت عليها. ولقد أمكن التوصل إلى اتفاق مشاركة بين حكومة الكويت وشركتى البرتش بتروليم البريطانية والجلف الأمريكية - باعتبارهما مالكتين لشركة نفط الكويت - فى ٢٦ يناير عام ١٩٧٤، حصلت الكويت بموجبه على ستين فى المائة (٦٠٪) من ممتلكات ومصالح شركة نفط الكويت(٢).

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية:

Devaux - Charbonnel (J.), L'accord de New York sur la participation des États producteurs de pétrole dans le Capital des sociétés concessionnaires, A.F.D.I., 1973, P. 74o etss. El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique crée par ..., Op. Cit., P. 256 etss., No. 36 ets.

وانظر أيضا: د. خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق، ص ١٥٤ ومابعدها؛ د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٢١٠ ومابعدها؛ د. عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص ١٩٥ ومابعدها.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل حول هذا الاتفاق:

El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique crée par ..., Op. Cit., P. 259.

كما يلاحظ أيضا أن بعض الدول المنتجة قد لجأت إلى اتخاذ إجراءات انفرادية من قبلها استهدفت تحقيق المشاركة لها فى عقود الامتياز المبرمة بينها وبين الشركات المتعاقدة معها. فعلى سبيل المثال، لقد قامت الجزائر بتأميم الشركات الأجنبية غير الفرنسية بموجب القرار الصادر فى ١٢ يونيو عام ١٩٧٠، ثم قامت بتأميم الشركات الفرنسية بموجب قرارات التأميم الصادرة فى فبراير وأبريل عام ١٩٧١. وبموجب هذه القرارات، حصلت الجزائر على مشاركة بنسبة واحد وخمسين فى المائة (٥١٪) فى كل المشروعات التى تعمل فى مجال انتاج البترول فى الجزائر(١).

وكذلك الأمر بالنسبة للجماهيرية الليبية. فقد بدأت ليبيا بتأميم شركة البرتش بتروليم .B.P فى ديسمبر عام ١٩٧٠، وكان قرار التأميم لاعتبارات سياسية محضة. وفى أول سبتمبر سنة ١٩٧٢ أصدرت الحكومة الليبية قانونا بتأميم واحد وخمسين فى المائة (٥١٪) من ممتلكات ومصالح كل الشركات الأجنبية العاملة فى إقليمها(٢).

وبعد أن عرضنا لعقود الامتياز وأهم التعديلات التى أدخلت عليها، نكون بذلك قد فرغنا من دراسة الشكل الأول من أشكال التعاقد والذى كان سائدا فى العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، ونعرض الآن للأشكال التعاقدية الجديدة والتى أعقبت فى الظهور مباشرة عقود الامتياز.

- وانظر فى هذا الاتفاق أيضا: د. سعد علام، موسوعة التشريعات ....، المرجع السابق، ص ١٦١ ومابعدها.

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:
El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique crée par ... Op. Cit., P. 262 etss, No. 40. Benchikh (M.), Op. Cit., P. 196 etss.

(٢) راجع:
El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique crée par ..., Op. Cit., P. 263 ets., No. 41.

المبحث الثانى

الأشكال التعاقدية الجديدة

تنحصر الأشكال التعاقدية الجديدة التى سادت فى العلاقة بين الدول المنتجة وشركات البترول الأجنبية فى ثلاثة أشكال هى: عقود المشاركة، وعقود المقاولة، وأخيرا عقود اقتسام الإنتاج. ونعرض فيما يلى لهذه الأشكال التعاقدية الثلاثة كل فى مطلب مستقل، وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول: ونتكلم فيه عن عقود المشاركة.

المطلب الثانى: ونتعرض فيه لعقود المقاولة.

المطلب الثالث: ونتحدث فيه عن عقود اقتسام الإنتاج.

المطلب الأول

عقود المشاركة

لقد مضت الإشارة إلى أن الشركات الأجنبية الكبرى العاملة فى مجال البترول كانت هى المسيطرة والمهيمنة كلية على صناعة البترول فى جميع مراحلها بموجب عقود الامتياز التقليدية التى أبرمتها مع الدول المنتجة. فقد كان لها، بموجب هذه العقود، الحق المطلق فى البحث عن البترول واكتشافه، كما كان لها الحق فى انتاجه ونقله وتكريره وتسويقه. ولم تقدم هذه العقود أية فرصة للدول المنتجة للمشاركة فى استغلال ثرواتها البترولية مع الشركات الأجنبية المتعاقدة معها. وإذا كان حقيقيا أن بعض عقود الامتياز قد نصت على إمكانية مشاركة الدولة فى رأس مال الشركة صاحبة الامتياز، بيد أن هذه النصوص لم توضع قط موضع التنفيذ.

ولقد ظل هذا الوضع قائما حتى بعد تطبيق قاعدة مناصفة الأرباح، والتى لم تستهدف سوى زيادة العوائد المالية للدول المنتجة، إلى أن جاء عام

١٩٥٧ والذى يعتبر تاريخا هاما فى تطور العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال.

فبدءا من هذا التاريخ ظهر شكل جديد من أشكال التعاقد بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية استهدف تحقيق مشاركة فعلية للدول المنتجة فى عمليات اكتشاف البترول واستغلاله. ولذلك يطلق على هذا النوع من العقود عقود المشاركة.

ويرجع الفضل فى ظهور هذا النوع من العقود إلى ظهور بعض شركات البترول الأجنبية المستقلة(١) عن شركات البترول الكبرى الامريكية والبريطانية التى كانت تحتكر صناعة البترول فى العالم(٢). فقد تقدمت هذه الشركات بعروض أفضل للدول المنتجة مما كانت تقدمه الشركات الكبرى. حيث أنها أتاحت لهذه الدول فرصة المشاركة فى استغلال ثرواتها البترولية(٣).

---

(١) ومن قبيل هذه الشركات . الشركة الوطنية الإيطالية «أيسى»: Ente National idrocarburi (E.N.I.) والشركة الفرنسية «إيراب»: Entreprise de recherche et d'activité pétrolier (EARP) والشركة الأسبانية للبترول: Hispanoil. انظر مع المزيد من التفاصيل حول هذه الشركات: د. خلاف عبدالجابر خلاف: المرجع السابق. ص ٦٢ ومابعدها.

(٢) والشركات الكبرى التى كانت تحتكر صناعة البترول فى العالم، والتى عرفت باسم «الشقيقات السبع» هى: شركة استاندرد أويل أوف نيوجرسى» Standard Oil of New Jersey . وتكساس أويل: Texas Oil، سكونى فاكيوم موبيل أويل. Socony Vacum Mobil Oil، استاندرد أويل أوف كاليفورنيا: Stendard Oil Of California، وشركة الجولف: Gulf Refining Company. رويال دتش - شل: Royal Dutch - Shell، والبرتش بتروليم: British Petroleum (B.P.)، انظر حول هذه الشركات: د. خلاف عبدالجابر خلاف، المرجع السابق، ص ٦٠ ومابعدها.

(٣) ولقد عبر رجل الأعمال الإيطالى المشهور «ماتيه» والذى كان رئيسا لشركة «أينى» الإيطالية عن مشاركة الدول المنتجة فى استغلال الثروات البترولية بقوله: «إن عمليات الاستغلال الأجنبى تثير حذر ويقظة الشعوب الاسلامية ولابد لشركات البترول من أن تعطيهم نسبة أكبر مما يحصلون عليه مقابل بترولهم ... فأنا لا أنوى اعطاءهم قسطا أكبر من الأرباح فحسب، بل أنوى أيضا جعلهم شركاء عمل معى فى البحث عن البترول واستثماره». راجع فى ذلك: أحمد الخريجى. المرجع السابق. ص ٤٠.

ويعتبر قانون البترول الإيرانى الصادر فى ٣١ يوليو عام ١٩٥٧ هو أول تشريع - فى منطقة الشرق الأوسط - ينص على الأخذ بنظام عقود المشاركة فى مجال صناعة البترول. فقد نص هذا القانون على أنه يجب على الشركة الوطنية الإيرانية للبترول أن تمتلك، على الأقل، ثلاثين بالمائة (٣٠٪) من رأس مال الشركة الأجنبية المستثمرة. بل لقد رخص لهذه الشركة أن تشارك فى أنشطة الشركة الأجنبية سواء من خلال انشاء شركة مختلطة Une Société Mixte تتمتع بالشخصية القانونية تقوم بتأسيسها الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الأجنبية المتعاقدة معها، أو من خلال إنشاء مشروع مشترك Entreprise Commune، أى هيئة منشأة بواسطة الطرفين المتعاقدين لا تتمتع بالشخصية القانونية تقوم بتنفيذ العمليات المتفق عليها فى العقد نيابة عن الطرفين(١).

ويعتبر أول عقد مشاركة تم إبرامه وفقا لهذا القانون العقد الذى أبرم فى مارس سنة ١٩٥٧ بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والشركة الإيطالية «أجيب»، وهى إحدى فروع المؤسسة الإيطالية «أينى». وبموجب هذا العقد يقوم الطرفان بإنشاء شركة مختلطة تسمى بالشركة الإيرانية الإيطالية للبترول Société irano _ italienne des pétroles «S.I.R.I.P.»، تتولى أعمال البحث والإنتاج وبيع البترول الخام ومشتقاته.

وقد يمتد نشاطها إلى أعمال التكرير والصناعات البتروكيماوية الأخرى. ويساهم كل طرف منهما بخمسين فى المائة من رأس مال الشركة. ويتم تسجيل هذه الشركة على أنها شركة إيرانية، وتخضع للقوانين الإيرانية فى كل المسائل التى لم يتناولها العقد، وتتمتع هذه الشركة بالشخصية القانونية المستقلة عن الأطراف.

وبموجب هذا العقد أيضا يتم توزيع البترول المنتج بالتساوى بين الطرفين، ويكون للشركة المتعاقدة (أجيب) الحق فى الحصول على نسبة

---

(١) انظر:

Mustapha (M.): Op. Cit., PP. 170 - 171.

معينة من البترول بأسعار خاصة. وتحصل الحكومة الإيرانية على خمسين فى المائة من الأرباح الصافية التى تحققها الشركة المختلطة. ويوزع الباقى على الطرفين (الشركة الوطنية الإيرانية «نيوك». والشركة الإيطالية «أجيب») مناصفة. وهو ما يجعل الحكومة الايرانية تحصل فى نهاية الأمر على ٧٥٪ من الأرباح(١).

وفى عام ١٩٥٨ أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية عقد مشاركة مع الشركة الأمريكية (بان أمريكان Pan American). وبموجب هذا العقد يقوم الطرفان بإنشاء مشروع مشترك Entreprise Commune. هذا المشروع لا يتمتع بالشخصية القانونية. ولا يعد كيانا قانونيا قائما بذاته ومستقلا عن الطرفين. وتعود ملكيته إلى كل من الطرفين بنسب متساوية. ولا يكون لهذا المشروع أى حق ملكية على البترول المنتج. وتنحصر مهمته الوحيدة فى إنتاج البترول والذى يتم توزيعه على الطرفين مناصفة. فالمشروع المشترك الذى يتم إنشاؤه بموجب هذا العقد لا يتصرف إلا باعتباره وكيلا عن الطرفين.

هذا ولقد أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية العديد من عقود المشاركة البترولية الأخرى المماثلة لهذا العقد. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، عقد المشاركة الذى أبرمته الشركة الوطنية الايرانية مع الشركة الكندية «سافير Sapphir» سنة ١٩٥٨(٢).

ومنذ هذا التاريخ وتوالت عقود المشاركة المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال. ففى السعودية، أبرمت الحكومة السعودية مع الشركة اليابانية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٧ عقدا نصت المادة ٢٨ منه على أنه: «بعد اكتشاف الزيت بكميات تجارية، تتعهد الشركة المتعاقدة بأن أية شركة يكون قد حول إليها هذا الامتياز أو سيحول

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

Mustapha (M.): Op. Cit., P. 172 etss.

(٢) راجع فى ذلك

Mustapha (M.). Op. Cit. PP 171 - 172.

إليها سوف تعرض على الحكومة الساهمة لشراء أسهم رأسمالها بالنقد فى حدود عشرة بالمائة (١٠٪) من رأس المال المدفوع»(١).

وإذا كان هذا العقد المذكور قد اكتفى بالسماح للحكومة السعودية بالمشاركة فى رأس مال الشركة المتعاقدة وبنسبة ضئيلة لا تتجاوز عشرة بالمائة (١٠٪) من رأسمالها. فإن هناك عقودا أخرى أبرمتها السعودية وحققت لها مشاركة فعلية فى جميع مراحل صناعة البترول. ويمكن أن نذكر من ذلك العقد الذى أبرمته حكومة السعودية مع الشركة الفرنسية «أوكسيراب» فى ٤ أبريل سنة ١٩٦٥. فموجب هذا العقد، يتم تأسيس شركة عربية سعودية، (خلال الستة شهور التى تلى منح امتياز الاستغلال). وأن يعرض على الحكومة للإكتتاب فيها بنسبة ٤٠٪ (المادة ٩). وعندما تؤسس تلك الشركة فإن امتياز الاستغلال ينتقل آليا إلى تلك الشركة (المادة ١٠). ويحتفظ الجانب السعودى والجانب الفرنسى بحق تصويت متساو فى مجلس إدارة هذه الشركة. وينبغى أن يشتركا فى إدارتها على أن يمثل الجانب السعودى المؤسسة السعودية العامة للبترول «بترومين» (المادة ١١). وتتولى هذه الشركة القيام بمختلف مراحل صناعة البترول، بما فى ذلك انتاج ونقل وتكرير وتسويق البترول (المادة ٢٦)(٢).

كما أبرمت جمهورية مصر العربية عددا من عقود المشاركة البترولية تكاد تكون متشابهة تقريبا فيما تضمنته من أحكام. فبموجب هذه العقود، تمنح الحكومة المصرية الطرف الوطنى (المؤسسة المصرية العامة للبترول)، والطرف الأجنبى (الشركة الأجنبية المتعاقدة معها) امتيازا مقصورا عليهما وحدهما، مقسما بينهما على المشاع بنسبة خمسين فى المائة (٥٠٪) لكل منهما. على أن يقوم الطرفان (الوطنى والأجنبى) بتأسيس شركة وكيلة عنهما تتولى عملية استغلال البترول بعد اكتشافه بكميات تجارية. ويتكون نصف أعضاء مجلس إدارة الشركة القائمة بالعمليات من

---

(١) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب: المرجع السابق، ص ١٨٣ ومابعدها، خصوصا ص ٢٠١.

(٢) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٢١٩ ومابعدها.

الجانب الوطنى، والنصف الآخر من الجانب الأجنبى، على أن يتولى رئاسة مجلس الإدارة أحد الأعضاء المعينين من قبل الطرف الوطنى، ويتولى منصب المدير العام للشركة - والذى يعتبر المدير التنفيذى لها - أحد الأعضاء المعينين من قبل الطرف الأجنبى(١).

وبالاطلاع على نصوص العديد من هذه العقود - خصوصا عقود المشاركة المبرمة مع إيران والسعودية ومصر - يمكننا أن نوجز الخطوط الرئيسية لعقود المشاركة فيما يلى:

أولا: تتخذ عقود المشاركة، من حيث أطرافها، إحدى صور ثلاث: فإما أن يبرم العقد بين الدولة المنتجة ذاتها والشركة الأجنبية على أن يتم تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو إحدى مؤسساتها بحصة فى رأسمالها وذلك بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية. كما هو الحال بالنسبة لعقد المشاركة المبرم بين حكومة السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام ١٩٦٥. وإما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين إحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى، كما هو الشأن بالنسبة لعقود المشاركة التى أبرمتها جمهورية مصر العربية مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتى بان أمريكان وفيلبس عامى ١٩٦٤/٦٣. وأخيرا قد يبرم عقد المشاركة بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية، وذلك فى الأحوال التى تخول فيها بعض الدول المنتجة الشركات الوطنية التابعة لها الحق فى التعاقد مع الشركات الأجنبية من أجل استغلال ثرواتها البترولية كما هو الحال فى إيران. فقد خول القانون الإيرانى للبترول الصادر عام ١٩٥٧ الشركة الوطنية الإيرانية للبترول الحق فى التعاقد مع الأشخاص الأجنبية لاستغلال ثرواتها البترولية، على نحو ما سبق أن ذكرنا.

---

(١) من ذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان فى ٢٢ أكتوبر عام ١٩٦٢ والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيلبس فى ٢٥ سبتمبر عام ١٩٦٣. والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان فى ١٢ فبراير عام ١٩٦٤، راجع فى هذه العقود، د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٦٨٨ ومابعدها، ص ٨١١ ومابعدها، ص ١٠٢٦ ومابعدها، على التوالى.

ثانيا: تنص عقود المشاركة على أن يقوم طرفى العقد بتأسيس شركة فى الدولة المنتجة تتمتع بجنسيتها وتخضع للقوانين واللوائح النافذة فيها إلى المدى الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الواردة فى العقد المبرم بينهما. على أن لا تتمتع هذه الشركة بشخصية قانونية مستقلة عن الطرفين. وألا يكون لها أى حق سواء على البترول المنتج أو أية ممتلكات تستخدم بغرض تنفيذ العمليات المتفق عليها فى العقد. ويكون الغرض الوحيد لهذه الشركة هو القيام بكل العمليات المتفق عليها فى العقد نيابة عن الطرفين. وليس لها مزاولة أى عمل أو القيام بأى نشاط يتجاوز تلك العمليات(١).

ثالثا: تنص عقود المشاركة على أن يشارك الجانب الوطنى بحصة فى رأس مال الشركة القائمة بالعمليات. بيد أن هذه العقود تتباين فيما بينها فيما يتعلق بمقدار هذه الحصة. ففى بعض العقود كانت نسبة مشاركة الطرف الوطنى أقل من نسبة مشاركة الطرف الأجنبى(٢). وفى البعض الآخر كانت نسبة مشاركة الطرف الوطنى والطرف الأجنبى متساوية، أى خمسين فى المائة (٥٠٪) لكل منهما(٣). وفى نوع ثالث من العقود كانت نسبة مشاركة الطرف الوطنى تمثل الأغلبية فى رأس مال الشركة(٤).

---

(١) وذلك باستثناء العقد المبرم بين الشركة الوطنية الايرانية والشركة الإيطالية «اجيب» عام ١٩٥٧ حيث نص هذا العقد على إنشاء شركة مختلطة تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة.

(٢) من ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية. فطبقا للمادة (٢٨) من هذا العقد كانت نسبة المشاركة عشرة فى المائة (١٠٪) من رأس مال الشركة.

(٣) من ذلك العقود التى أبرمتها الشركة الوطنية الايرانية مع الشركة الإيطالية «اجيب» عام ١٩٥٧، والشركة الأمريكية «بان أمريكان» عام ١٩٥٨، العقود التى أبرمتها الحكومة المصرية مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتى «بان أمريكان» و «فيليبس» عامى ١٩٦٢، ١٩٦٤.

(٤) من ذلك العقد المبرم بين حكومة الكويت والشركة الوطنية الكويتية والشركة الأسبانية «هسبانويل» فى عام ١٩٦٨. حيث أعطى هذا العقد للشركة الوطنية الكويتية نسبة مشاركة تقدر بواحد وخمسين فى المائة (٥١٪) راجع فى هذا العقد. د. سعد علام، موسوعة التشريعات .. المرجع السابق، ص ١٨٨ ومابعدها.

وعلى أية حال، فبعد أن كانت الأغلبية فى بداية الأمر من نصيب الشريك الأجنبى، والمشاركة بالأقلية من نصيب الشريك الوطنى، فإن الاتجاه الذى ساد فيما بعد هو منح المشاركة بالأغلبية للشريك الوطنى(١).

رابعا: تتخذ عقود المشاركة من حيث نطاق العمليات التى تخضع للمشاركة إحدى صورتين: فإما أن يشارك الجانب الوطنى فى العمليات التى تتم فقط على إقليم الدولة وهى عمليات اكتشاف البترول وتنميته وإنتاجه كما هو الشأن بالنسبة للعقود المبرمة مع جمهورية مصر العربية. وإما أن يتسع نطاق مشاركة الجانب الوطنى ليشمل إلى جانب العمليات التى تتم على إقليم الدولة المتعاقدة، عمليات نقل البترول وتكريره وتسويقه. كما هو الحال بالنسبة للعقود المبرمة مع حكومة المملكة العربية السعودية.

خامسا: تكون ملكية البترول المنتج والتصرف فيه من حق كل من الشريكين الوطنى والأجنبى كل حسب حصته فى المشاركة المتفق عليها فى العقد. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (١٧) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس عام ١٩٦٣ من أنه يكون لكل من المؤسسة وفيليبس كمالكين على المشاع حق الملكية والحيازة والتصرف، حسبما تراه كل منهما مناسبا، فى خمسين فى المائة (٥٠٪) من جميع الزيت الخام المنتج بواسطة الطرفين.

وفى الحالة التى تكون فيها المشاركة متكاملة، أى تشمل إلى جانب إنتاج البترول نقله وتكريره وتصديره وتسويقه، فإن الشركة القائمة بالعمليات التى يتولى تأسيسها الطرفين هى التى تتولى القيام بكل هذه العمليات. وبناء عليه يمكن القول بأن الشركة الأجنبية لم يعد لها الحق

---

(١) من ذلك اتفاق الكويت مع شركة الزيت العربية المحدودة المبرم فى ٢٣ أغسطس ١٩٧٤ حيث حصلت الكويت بموجبه على ستين فى المائة (٦٠٪) من كل عمليات وحقوق الشركة وممتلكاتها، واتفاق السعودية وشركة أرامكو فى يونيو ١٩٧٤. واتفاق البحرين وشركة نفط البحرين المبرم فى ٢٢ نوفمبر ١٩٧٤، واتفاق قطر مع شركة نفط قطر المبرم فى ٢٠ فبراير ١٩٧٤، راجع فى ذلك: د. سعد علام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق، ص ٢٩١، ص ٢٤٧، ص ٢٩٦، ص ٤٤٢ على التوالى.

المنفرد فى إنتاج وتكرير ونقل وتصدير البترول المنتج كما كان عليه الحال فى ظل عقود الامتياز.

وبالإضافة إلى ذلك تضمنت عقود المشاركة - كما هو الشأن بالنسبة لعقود الامتياز - شروطا تعاقدية تعد بمثابة قيود حقيقية على حق الطرفين الوطنى والأجنبى فى ملكية البترول المنتج والتصرف فيه بالبيع أو التصدير. من ذلك الشروط التعاقدية التى تنص على دفع إتاوة للدولة المنتجة تتمثل فى نسبة معينة من البترول المنتج(١). وتلك التى تنص على حق الدولة فى شراء نسبة معينة من البترول المنتج لأجل الاستعمال المحلى(٢). هذا إلى جانب الشروط التى تحظر على الشركة عدم بيع أو تصدير البترول المنتج لأية سلطة أجنبية معادية(٣).

سادسا: تتضمن عقود المشاركة النص على أن يتحمل الشريك الأجنبى وحده مصاريف البحث والتنقيب عن البترول، مع وضع حد أدنى لقيمة هذه المصروفات وتوزيعها على فترات زمنية متعاقبة. وذلك إلى أن يتم اكتشاف البترول بكميات تجارية. وفى حالة اكتشاف البترول بكميات تجارية تنتقل كافة العمليات المتفق عليها فى العقد إلى الشركة التى يتولى الطرفان تأسيسها ويتحمل كل من الطرفين جميع المصروفات التى تنفق على عمليات تنمية حقول البترول المكتشفة واستغلالها كل حسب حصته فى المشاركة.

---

(١) من ذلك على سبيل المثال: المادة (١٤) من عقد السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧، والمادة (٢٠) من عقد السعودية وشركة أوكسيراب عام ١٩٦٥، والمادة (١٦) من عقدى مصر وبان أمريكان عامى ١٩٦٣، ١٩٦٤، والمادة (١/٢١) من عقد مصر وفيليبس عام ١٩٦٣.

(٢) من ذلك على سبيل المثال: المادة (١٧) من عقدى مصر مع شركة بان أمريكان عامى ١٩٦٣، ١٩٦٤، والمادة (٢٨) من عقد مصر مع شركة فيليبس عام ١٩٦٣ بل لقد ذهبت بعض العقود إلى إعطاء الحق للدولة المنتجة فى شراء كمية من البترول المنتج لاستعمالها ولاستعمال الدول الصديقة. من ذلك: عقد السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢٦) وعقد السعودية مع شركة أوكسيراب عام ١٩٦٥ (م ٢٠).

(٣) من ذلك مثلا: المادة (١٢) من عقدى مصر مع شركة بان أمريكان عامى ١٩٦٣، ١٩٦٤، والمادة (٣١) من عقد السعودية وشركة أوكسيراب عام ١٩٦٥.

سابعا: يتضمن جانب من هذه العقود نصا يلزم الشركة القائمة بالاستغلال بإنشاء معمل أو أكثر لتكرير البترول فى اقليم الدولة المنتجة. بيد أن هذا الالتزام كان مشروطا بوصول الإنتاج عند مستوى معين، وثبوت الفائدة الاقتصادية والتجارية لقيام مثل هذه المعامل. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٢٧) من العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ من أنه عندما يبلغ انتاج الزيت الخام المستخرج ثلاثين ألف برميل يوميا لمدة تسعين يوما، فعلى الشركة بناء معمل لتكرير البترول فى السعودية، وذلك فى مدة لا تتجاوز سنتين. وعندما يبلغ متوسط مقدار الزيت خمسة وسبعون ألف برميل يوميا لمدة تسعين يوما فعلى الشركة بناء معمل أو معامل للتكرير لا يقل الحد الأدنى لإنتاجها عن ثلاثين بالمائة من إنتاج الشركة(١).

ثامنا: تتميز عقود المشاركة بأنها كانت قصيرة المدة بالمقارنة بعقود الامتياز، فلم تتجاوز مدد هذه العقود - فى منطقة الشرق الأوسط - أكثر من خمسة وأربعين عاما(٢). كما تتميز بأن مناطق البحث والتنقيب عن البترول التى كانت تشملها أقل بكثير من تلك التى كانت تغطيها عقود

---

(١) ومن ذلك أيضا: العقد المبرم بين السعودية وشركة أوكسيراب عام ١٩٦٥، والعقد المبرم بين حكومة الكويت والشركة الوطنية الكويتية والشركة الأسبانية عام ١٩٦٨.

(٢) من ذلك العقد المبرم بين السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧، حيث نص على أن تكون مدة البحث سنتين يجوز مدها لفترة سنتين أخريين. وعلى أن تكون مدة الاستغلال أربعين عاما. والعقد المبرم بين السعودية وشركة أوكسيراب عام ١٩٦٥. فقد نص على أن تكون مدة البحث سنتين مع جواز امتدادها ثلاث سنوات أخرى، كما نص على أن تكون مدة الاستغلال ثلاثين عاما من تاريخ اكتشاف الزيت بكميات تجارية. كذلك أيضا العقود المبرمة بين الحكومة المصرية وشركتى بان أمريكان وفيليبس عامى ١٩٦٢، ١٩٦٤ فقد نصت المادة (٤) منها على أن تكون مدة الاستغلال ثلاثين عاما مع جواز إمتدادها لمدة أخرى قدرها خمسة عشر عاما.

وما تجدر الإشارة إليه أن بعض التشريعات البترولية قد نصت على حد أقصى للمدة التى يمكن أن يستغرقها العقد. ويمكن أن نذكر من ذلك قانون البترول الايرانى لعام ١٩٥٧، والذى نص على أن تكون مدة العقد خمسة وعشرين عاما تبدأ من تاريخ إنتاج البترول بكميات تجارية، مع جواز تجديدها ثلاث مرات لمدة خمس سنوات فى كل مرة. كما نص على مدة للبحث والتنقيب بحد أقصى إثنا عشرة سنة. انظر فى ذلك: Ait Chaalal (M.S.): Op. Cit., P. 171.

الامتياز. بل وأكثر من ذلك فإن هذه العقود قد تضمنت نصوصا تلزم الشركات الأجنبية بالتخلى عن المناطق غير المستغلة وفقا لمعدلات وفترات زمنية معينة(١). بينما لم تكن عقود الامتياز تتضمن مثل هذه النصوص.

ومما تجدر الإشارة إليه أن معظم عقود المشاركة(٢) تضمنت نصا يقضى بتسوية المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد بطريق التحكيم(٣).

ومن خلال هذا العرض الموجز للخطوط العامة والخصائص الرئيسية التى تتميز بها عقود المشاركة، يمكن القول بأن هذه العقود تحقق العديد

---

(١) ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض قوانين البترول قد نصت على التزام الشركة بالتخلى عن المناطق غير المستغلة. من ذلك القانون الايرانى للبترول عام ١٩٥٧، حيث نصت المادة (٧) منه على أن المساحة التى يشملها البحث والتنقيب يجب أن تتقلص إلى خمسين فى المائة (٥٠٪) خلال العشر سنوات التالية للتوقيع على العقد وذلك بنسبة خمسة وعشرين فى المائة (٢٥٪) كل خمس سنوات وأن تنحصر فى المنطقة المستغلة بالفعل. راجع فى ذلك:

Ait Chaalal (M.S.): Op. Cit., P. 173.

(٢) من ذلك: العقود التى أبرمتها الشركة الوطنية الايرانية مع كل من شركة أجيب عام ١٩٥٧، وشركة سافير عام ١٩٥٨، وشركة بان أمريكان عام ١٩٥٨، راجع فى هذه العقود:

LOGIE (J.), Les contrats pétroliers iraniens, R.B.D.I., 1965, P. 391, Spéc. P. 410 etSS.

وكذلك العقد المبرم بين المؤسسة العامة السعودية «بترومين» وكل من شركة أجيب عام ١٩٦٧ (م ٢٠). والعقد المبرم بين هذه المؤسسة والشركات الثلاث سنكلير، وناتوماس، وباكستان عام ١٩٦٧ (م ٢٥). راجع فى هذه العقود: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٢٠٠ ومابعدها، ص ١٢٥١ ومابعدها.

وكذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية، والمؤسسة .... وشركة فيليبس عام ١٩٦٣ (م ٤٨). والعقد المبرم بين الحكومة المصرية، والمؤسسة ... والشركة الشرقية للبترول والشركة الدولية للزيت عام ١٩٦٣ (م ٦٧).

(٣) على أن يلاحظ أن بعض عقود المشاركة التى أبرمتها الحكومة المصرية قد فرقت بين نوعين من المنازعات: المنازعات التى تنشأ بين الحكومة وطرف أو أكثر من أطراف العقد، والمنازعات التى تنشأ بين أطراف العقد الاخرى. ونصت على اخضاع النوع الاول لاختصاص المحاكم المصرية، بينما نصت على اخضاع النوع الثانى للتحكيم. من ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين الحكومة المصرية، والمؤسسة ... وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٣ (م ٤٦). والعقد المبرم بين نفس الأطراف عام ١٩٦٤ (م ٤٠).

من المزايا للدول المنتجة(١)، بالمقارنة بعقود الامتياز، والتى من أهمها:

١ - تتيح هذه العقود للدول المنتجة بأن تمارس رقابة فعلية على أعمال الشركة الأجنبية القائمة باستغلال ثرواتها البترولية، وذلك بما لها من تمثيل فى مجلس إدارة الشركة القائمة بالعمليات.

٢ - تلقى هذه العقود على عاتق الشركة الأجنبية المتعاقدة بمسئولية تمويل عمليات البحث والتنقيب عن البترول واكتشافه. فلا يلتزم الطرف الوطنى بالمشاركة فى هذه النفقات إلا بعد اكتشاف البترول وبكميات تجارية. فإذا لم يكتشف البترول بكميات تجارية، أعفى الطرف الوطنى من المشاركة في النفقات، وبذلك فإنه بموجب هذه العقود تتجنب الدولة المنتجة الخسارة الناجمة عن النفقات الضائعة فى الوقت الذى تحقق فيه فائدة استثمار رأس مال أجنبى على إقليمها فى أعمال البحث والكشف عن البترول.

٣ - تفسح هذه العقود المجال أمام الدول المنتجة فى أن تشترك، ولأول مرة، سواء بنفسها أو عن طريق المؤسسات أو الشركات التابعة لها، فى عمليات تسويق البترول والتى تعتبر بحق من أدق وأهم مراحل صناعة البترول وأكثرها تعقيدا. ومن خلال ذلك تتيح الفرصة لهذه الدول فى اكتساب خبرات الشركات الأجنبية الكبرى فى هذا المجال.

٤ - تتيح هذه العقود - خصوصا عندما تشمل مشاركة الجانب الوطنى كل عمليات استغلال البترول من إنتاج ونقل وتكرير وتسويق - الفرصة أمام الدول المنتجة لتكوين جيل من الخبراء المتخصصين فى شتى مراحل صناعة البترول.

٥ - تحقق عقود المشاركة التى يشترك فيها الجانب الوطنى خمسين فى المائة (٥٠٪) على الأقل من رأس مال الشركة القائمة بالعمليات،

---

(١) انظر فى مزايا عقود المشاركة، د. سعد علام، نحو استثمار الدولة لبترولها بنفسها، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربى السادس، بغداد، ١٩٦٧، ص ٥، د. أحمد الجريحى المرجع السابق ص ٥؛ د. عبدالرحيم محمد سعد، المرجع السابق، ص ١٣٢، ومابعدها

للدول المنتجة نصيبا من الأرباح لا يقل عن خمسة وسبعين فى المائة (٧٥٪) من الأرباح الصافية. منها خمسون فى المائة (٥٠٪) مقابل الضرائب والريوع والإيجارات تطبيقا لمبدأ مناصفة الأرباح. وخمسة وعشرون فى المائة (٢٥٪) مقابل المناصفة كشريك فى الأرباح الصافية.

وفى المقابل، فإن هذه العقود تحقق للشركات الأجنبية نوعا من الاستقرار والاطمئنان فى علاقاتها مع الدول المنتجة وذلك باعتبار أنها أصبحت شريكا لها وليست مجرد صاحب امتياز على النحو الذى كان سائدا فى ظل عقود الامتياز(١).

وأخيرا، إذا كانت الدول المنتجة قد استطاعت التوصل إلى صياغة تعاقدية جديدة، نبذت بها نظام الامتياز التقليدى، فإنها لم تقف عند حد المطالبة بالمشاركة فى إستغلال ثرواتها البترولية، بل توصلت إلى صياغة تعاقدية جديدة أخرى، عرفت باسم عقد المقاولة البترولى، وهو الشكل التعاقدى الذى نتناوله الآن.

المطلب الثانى

عقود المقاولة

بعد أن عرضنا لنظام عقود الامتياز ثم عقود المشاركة، نعرض الآن لنظام عقود المقاولة باعتباره من أهم الأشكال التعاقدية وأحدثها التى سادت فى العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال من أجل اكتشاف البترول واستغلاله.

ولا يعتبر عقد المقاولة نظاما جديدا فى مجال صناعة البترول العالمية. فقد ظهر هذا النوع من العقود، لأول مرة فى المكسيك عام ١٩٥٠، والتى قامت بتأميم صناعة البترول عام ١٩٣٨ وأسست الشركة الوطنية للبترول المعروفة باسم بيمكس «Pemexe» فقد دفعتها الحاجة للامكانيات الفنية إلى الاستعانة بعقود المقاولة لمباشرة عمليات صناعة البترول مع الشركات الأمريكية. كما أخذت بهذا الشكل التعاقدى الأرجنتين.

(١) راجع: د. سعد علام، نحو استثمار الدولة لثرولها بنفسها، المرجع السابق، ص ٥

والتى أبرمت عددا من عقود المقاولة مع الشركات الأجنبية فى الفترة من عام ٥٨ - ١٩٦١(١).

ولقد تم إدخال هذا النوع من العقود إلى منطقة الشرق الأوسط على يد الشركة الفرنسية للبحث والأنشطة البترولية والمسماة «إيراب» وذلك عندما أبرمت عقد مقاولة بترولى مع الشركة الوطنية الإيرانية للبترول فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٦٦(٢). كما أبرمت نفس الشركة عقدا آخر مع شركة النفط الوطنية العراقية فى ٣ نوفمبر عام ١٩٦٧(٣). كما أخذت بهذا الشكل التعاقدى الشركة البرازيلية «بتروبراس» وذلك عندما أبرمت عقد مقاولة مع الشركة الوطنية العراقية للنفط فى ٦ أغسطس عام ١٩٧٢(٤).

وطبقا لهذا النوع من العقود. فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة لا تعتبر صاحبة امتياز. كما كان عليه الحال فى ظل عقود الامتياز. أو شريكا فيه. على نحو ما هو متبع فى ظل عقود المشاركة. وإنما تعتبر مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية المتعاقدة معها. وتتولى الشركة الأجنبية القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وانتاجه وتسويقه.

---

(١) أنظر: د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى، النظام القانونى .... المرجع السابق. ص ٥٠.

(٢) أنظر: Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit. P. 182.

وراجع فى هذا العقد:

Devaux - Charbonnel (J.), L'accord pétrolier Franco - iranien conclu le 27 Août 1966 entre la société National iranienne des pétroles (S.N.I.P.) et le groupe de L'entreprise de recherches et d'activités pétrolières (E.R.A.P.), A. F. D. I., 1966, P. 798 etss. Mustapha (M.), Op, Cit., P. 178 ets.

وأيضا، د. سعد علام، نحو استثمار الدولة لبترولها بنفسها، المرجع السابق، ص ٧ ومابعدها.

(٣) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٤٦٢ ومابعدها، وأيضا د. سعد علام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق. ص ٦٧ ومابعدها.

(٤) راجع فى هذا العقد: د. سعد علام، موسوعة التشريعات .... المرجع السابق، ص ٨١ ومابعدها.

وتتحمل وحدها النفقات اللازمة لأعمال البحث والتنقيب عن البترول مع التزامها بانفاق مبالغ معينة كحد أدنى بالكيفية المتفق عليها فى العقد. فإذا لم تسفر أعمال البحث والتنقيب عن اكتشاف البترول بكميات تجارية فإن المبالغ التى أنفقتها تضيع عليها نهائيا. أما إذا اكتشف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجارى فإن هذه المبالغ تعتبر قروضا بدون فائدة تسددها الشركة الوطنية خلال الفترة المتفق عليها. كما تلتزم الشركة الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات تقييم وتطوير حقول البترول المكتشفة. على أن هذه الأموال تعتبر قرضا بفائدة تلتزم الشركة الوطنية بسداده. كما تتولى الشركة الأجنبية مساعدة الشركة الوطنية فى تسويق جزء من كميات البترول المنتج.

وفى مقابل كل هذه الالتزامات التى تتحمل بها الشركة الأجنبية، يكون لها الحق فى شراء نسبة معينة من البترول المنتج بأسعار خاصة طوال مدة العقد(١).

وعلى الرغم من أن عقود المقاولة قد تتباين فيما بينها من عقد لاخر. سواء من حيث فترات البحث والتنقيب أو مدة العقد ذاته. او من حيث المبالغ التى يجب على الشركة الأجنبية أن تنفقها على عمليات البحث والتنقيب. أو من حيث المقابل الذى تحصل عليه الشركة الأجنبية أو من حيث ادارة العمليات. بيد أن هذه العقود تتمتع بخصائص مشتركة وسمات عامة يمكن أن نوجزها فيما يلى.

أولا: تعتبر شركة البترول الوطنية المتعاقدة مع الشركة الأجنبية هى المالك الوحيد للبترول المنتج. ولكافة الأصول الثابتة. وكذلك الأصول المنقولة التى تستخدمها الشركة الأجنبية على وجه الدوام وتحسب تكلفتها على حساب الشركة الوطنية. ولعل ذلك يرجع إلى كون الشركة الأجنبية مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية(٢). وليست صاحبة امتياز أو شريكا للشركة الوطنية كما سبق أن ذكرنا.

---

(١) انظر.

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 183; Mustapha (M.), Op. Cit., P. 177 etSS.

وانظر أيضا د. ـ . حيم محمد سعيد، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٢) فى نفس المعنى راجع

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 184

ثانيا: تلتزم الشركة الأجنبية بأن توفر الأموال اللازمة لتغطية نفقات البحث والتنقيب عن البترول. وتعتبر هذه الأموال قروضا بدون فائدة تسددها الشركة الوطنية فى حالة اكتشاف البترول بكميات تجارية فقط. بحيث أنه فى حالة عدم اكتشاف البترول بكميات تجارية. فإن الشركة الأجنبية تتحمل وحدها هذه النفقات وبدون أن يكون لها الحق فى الحصول على أى تعويض. كما تلتزم أيضا بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات الاستثمار وكذلك نفقات التشغيل. وتعتبر هذه الأموال قروضا بفوائد تلتزم الشركة الوطنية بسدادها فى خلال فترة زمنية معينة(١).

ثالثا: تلتزم الشركة الأجنبية بتسويق جزء من البترول المنتج فى حالة طلب الشركة الوطنية ذلك. على أن تحصل الشركة الأجنبية على تعويض عن نفقات التسويق أو على عمولة معينة يتفق عليها الطرفان فى العقد(٢).

رابعا: تحصل الشركة الأجنبية، فى مقابل الالتزامات التى تتحمل بها، على الحق فى شراء نسبة معينة من البترول المنتج وبأسعار خاصة وفقا لما هو متفق عليه فى العقد(٢).

خامسا: لا تلتزم الشركة الأجنبية تجاه حكومة الدولة المنتجة بدفع أية إيجارات أو عوائد. كما تعفى من دفع أية ضرائب أو رسوم وتلتزم بها الشركة الوطنية باعتبارها المالك الوحيد للبترول المنتج.

سادسا: تتولى الشركة الأجنبية إدارة العمليات فى فترة البحث والتنقيب عن البترول واكتشافه مع أخذ رأى الشركة الوطنية. أما بالنسبة لإدارة العمليات فى فترة الاستغلال - والتى تبدأ من تاريخ اكتشاف البترول بكميات تجارية وحتى نهاية المدة المتفق عليها فى العقد - فقد نص عقد المقاولة المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الفرنسية «إيراب» على أن تتولى هذه الأخيرة إدارة العمليات مع استشارة الشركة

---

(١) انظر: Ibid, P. 186.

(٢) انظر: Ibid., P. 187.

(٢) انظر: Ibid.. P. 187.

الوطنية الإيرانية. هذا في حين نص عقد المقاولة المبرم بين الشركة الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب على أن تتولى إدارة العمليات لجنة مشكلة من عضوين إثنين: أحدهما عن الشركة الوطنية العراقية والآخر عن الشركة الفرنسية؛ وذلك لإبداء الرأى حول القضايا ذات الصلة بعمليات الاستثمار. وبعد مرور خمس سنوات من تاريخ اكتشاف البترول بكميات تجارية تنتقل إدارة العمليات إلى الشركة الوطنية العراقية على أن تحصل على موافقة الشركة الفرنسية «إيراب» على القرارات التى من شأنها إحداث تغييرات رئيسية فى التكاليف أو حجم الإنتاج.

وبالإضافة إلى ما تقدم من خصائص وسمات تتمتع بها عقود المقاولة. تتميز هذه العقود بقصر مدتها بالمقارنة بالمدد التى كانت عليها عقود الامتياز. بل وحتى عقود المشاركة(١). ففى العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب كانت مدة البحث والتنقيب ست سنوات، وكانت مدة الاستغلال عشرين سنة تبدأ من تاريخ الإنتاج التجارى. كما تميزت هذه العقود أيضا بأن المساحات التى كانت تشملها محدودة للغاية. وكان نظام التخلى عن المناطق غير المستغلة أشد صرامة بالمقارنة بالتخلى الذى كان منصوصا عليه فى عقود الامتياز وعقود المشاركة(٢). ففى العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب - السالف الذكر - التزمت الشركة الفرنسية بالتخلى عن خمسين فى المائة (٥٠٪) من المساحة التى يشملها العقد خلال الثلاث سنوات الأولى، وعن خمس وعشرين فى المائة (٢٥٪) فى خلال السنتين التاليتين. وعن كافة المساحات غير المستغلة بإنتهاء فترة البحث والتنقيب المنصوص عليها فى العقد.

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن هذه العقود قد نصت على الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التى تنشأ بين الأطراف.

---

(١) انظر فى نفس المعنى:

Ait Chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 184.

ويذكر الفقيه أن مدد البحث عن البترول واستغلاله وفقا لعقود المقاولة لم تكن تتجاوز أربعة وثلاثين عاما.

(٢) راجع فى نفس المعنى المرجع المذكور أعلاه، نفس الصفحة.

المطلب الثالث

عقود اقتسام الإنتاج

لا تعتبر عقود اقتسام الإنتاج نظاما تعاقديا جديدا في مجال صناعة البترول العالمية. فقد ظهر هذا النوع من العقود إلى الوجود في أندونيسيا منذ صدور قانونها البترولي رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٦١(١).

وتعتبر جمهورية مصر العربية رائدة في الأخذ بعقود اقتسام الإنتاج. فقد كانت أول دولة في منطقة الشرق الأوسط تأخذ بنظام عقود اقتسام الإنتاج في معاملاتها مع الشركات الأجنبية العاملة في مجال البترول. ويعتبر أول عقد اقتسام انتاج تبرمه مصر ذلك العقد الذي أبرمته مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة شمال سومطرة (نوسوديكو) في ١٦ مايو عام ١٩٧٠(٢). ومنذ ذلك التاريخ، وحتى الوقت الحالي، أصبح نظام عقود اقتسام الإنتاج هو النظام السائد في جمهورية مصر العربية من أجل البحث عن البترول واستغلاله.

كما أخذت بهذا النظام دولة قطر وذلك عندما أبرمت عقدا من هذا النوع مع مجموعة الشركات الألمانية والأمريكية في ١٠ أبريل عام ١٩٧٦(٣). كما أخذت به أيضا سلطنة عمان في العقود التي أبرمتها مع الشركات الأجنبية في عامي ١٩٧٥، ١٩٧٦(٤).

وبالاطلاع على عقود اقتسام الإنتاج التي أبرمتها مصر مع الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية، وتلك التي أبرمتها حكومة قطر وسلطنة عمان السالفة الذكر، يمكن القول بأنه بموجب هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي (الشركة الأجنبية المتعاقدة) بكافة مصاريف البحث

---

(١) انظر: د. سعد علام، تطور التشريعات والاتفاقيات البترولية المصرية، مجلة البترول، المجلد ٢٢، العدد الرابع، أبريل ١٩٨٦، ص ٢٧ ومابعدها، خصوصا ص ٣١.

(٢) راجع في هذا العقد: د. سعد علام، المرجع المذكور أعلاه.

(٣) راجع في هذا العقد: د. سعد علام، موسوعة التشريعات ....، المرجع السابق، ص ٤٧٥ ومابعدها.

(٤) راجع في هذه العقود: د. سعد علام، موسوعة التشريعات ....، المرجع السابق، ص ٦٢١ ومابعدها.

والتنقيب عن البترول وتطويره وانتاجه. مع النص على حد أدنى لقيمة المصروفات التى يتعهد الطرف الأجنبى بانفاقها هذا من ناحية، وتوزيعها على فترات زمنية متعاقبة من ناحية أخرى. فإذا لم يتحقق اكتشاف للبترول بكميات تجارية، فإن الطرف الأجنبى يتحمل وحده بكافة المصاريف دون أن يكون له الحق فى الحصول على أى تعويض. وفى حالة اكتشاف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجارى، يكون من حق الطرف الأجنبى استرداد هذه المصاريف. وتشترك فى ذلك عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاولة على نحو ما رأينا.

ويسترد الطرف الأجنبى كافة التكاليف والمصروفات الخاصة بجميع عمليات البحث والتنمية والإنتاج وذلك فى شكل نسبة معينة من البترول المنتج يتم الاتفاق عليها فى العقد. وتتفاوت هذه النسبة من عقد لآخر. ففى العقود التى أبرمتها حكومة قطر وسلطنة عمان فى عامى ١٩٧٥، ١٩٧٦ السالفة الذكر، بلغت هذه النسبة أربعين فى المائة (٤٠٪) من البترول المنتج. فى حين تتراوح هذه النسبة مابين ثلاثين فى المائة (٣٠٪)(١)، إلى أربعين فى المائة (٤٠٪)(٢) من البترول المنتج فى العقود التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية.

أما بالنسبة للكمية المتبقية من البترول المنتج - أى الكمية المتبقية بعد سداد مصروفات البحث والتنمية والإنتاج - فيأخذها ويتصرف فيها

---

(١) من ذلك على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس الليبرية المبرم فى ٢ أغسطس عام ١٩٨٧ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ مكرر (د) - فى ٦ يوليه ١٩٨٧)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أموكو الأمريكية المبرم فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٧ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ (تابع) فى ٣٠ يونيه ١٩٨٨).

(٢) من ذلك على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو الأمريكية وشركة توتال الفرنسية فى ٢٢ فبراير عام ١٩٨٢ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ٨ تابع (أ) فى ٢٥ فبراير ١٩٨٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة بى بى الأمريكية فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (انظر أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ (تابع) فى ٢٩ ديسمبر ١٩٨٨).

الطرف الوطنى والطرف الأجنبى وذلك وفقا للحصة المقررة لكل منهما والمتفق عليها فى العقد. وتتفاوت هذه الحصة من عقد لآخر. كما أنها تتغير بتغير مستويات الإنتاج(١). وعادة ما تتناقص الحصة المقررة للطرف الأجنبى كلما ارتفعت الكمية المنتجة من البترول. وللإيضاح نضرب لذلك مثلا، فى العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج الهولندية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧، تم الاتفاق على أن توزع الكمية المتبقية من البترول المنتج بين الهيئة والشركة على الوجه الآتى: حتى مائة ألف برميل يوميا تكون حصة الهيئة ٧٥٪، وللشركة ٢٥٪. ما يزيد على مائة ألف برميل وحتى مائتى ألف برميل يوميا تكون حصة الهيئة ٧٧,٥٪، وللشركة ٢٢,٥٪. ما يزيد على مائتى ألف برميل يوميا تكون حصة الهيئة ٨٠٪، وللشركة ٢٠٪، من كمية البترول المنتج المتبقية(٢).

وفيما يتعلق بإدارة العمليات فقد اتخذت عقود اقتسام الإنتاج طرقا شتى. فقد درجت عقود اقتسام الإنتاج التى أبرمتها مصر مع الهيئة المصرية العامة والشركات الأجنبية(٣). على التفرقة بين فترة البحث والتنقيب عن البترول، وفترة التنمية والاستغلال. ففى الفترة الأولى يقوم المقاول (الشركة الأجنبية المتعاقدة) بإعداد البرامج والميزانيات الخاصة بأعمال البحث والتنقيب، على أن تتولى فحصها لجنة مشتركة تنشئها الهيئة والمقاول بعد تاريخ سريان العقد. وتتكون هذه اللجنة من ستة أعضاء يعين كل طرف ثلاثة منهم. وتعين الهيئة رئيس اللجنة من بين الأعضاء الذين عينتهم.

---

(١) وذلك باستثناء العقود التى أبرمتها حكومة سلطنة عمان فى عام ١٩٧٥، ١٩٧٦ (السابق الإشارة إليها) حيث نصت على نسبة معينة وثابتة مقدارها (٨٠٪) للسلطنة، وعشرون فى المائة (٢٠٪) للطرف الأجنبى.

(٢) راجع أحكام هذا العقد منشور فى: الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (تابع) فى مايو سنة ١٩٨٨.

(٣) كأمثلة راجع العقود المشار إليها فى الهوامش السابقة.

وفى الفترة الثانية، أى فترة التنمية والاستغلال والتى تبدأ عقب العثور على البترول بكميات تصلح للاستغلال التجارى، تتولى إدارة العمليات شركة تقوم بتأسيسها الهيئة والمقاول. تتكون من ثمانية أعضاء يعين كل طرف منهما أربعة منهم، على أن يتولى أحد الأعضاء المعينين من قبل الهيئة رئاسة مجلس الإدارة، ويتولى أحد الأعضاء المعينين من قبل المقاول منصب المدير العام. وتخضع هذه الشركة للقوانين واللوائح النافذة فى مصر فى الحدود التى لا تتعارض فيها مع نصوص العقد أو عقد تأسيسها. والغرض من هذه الشركة هو القيام بدور الوكيل الذى تستطيع الهيئة والمقاول من خلاله تنفيذ وإدارة عمليات التنمية والاستغلال المنصوص عليها فى العقد. ومن هذه الزاوية تتشابه عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المشاركة التى أبرمتها مصر على نحو ما سبق بيانه.

وفى عقود اقتسام الإنتاج التى أبرمتها سلطنة عمان - السالفة الذكر - يتولى إدارة العمليات الطرف الأجنبى على أن تشكل لجنة للإشراف عليها تتكون من خمسة أعضاء، ثلاثة منهم عن الطرف الأجنبى، واثنان عن السلطنة، وذلك طوال فترة البحث والتنقيب. ثم يتعدل هذا التشكيل بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية فيكون اثنان عن الطرف الأجنبى، وثلاثة عن السلطنة.

وفى عقد اقتسام الإنتاج الذى أبرمته حكومة قطر مع الشركات الألمانية والأمريكية - السالف الذكر - يتولى الطرف الأجنبى إدارة العمليات طوال مدة العقد. فهو الذى يضع البرامج والميزانيات الخاصة بأعمال البحث، وكذلك برامج الإنتاج والتنمية بعد الاكتشاف التجارى. على أن يخضع فى ذلك لمراجعة الحكومة ولجنة الإدارة التى تتكون من ستة أعضاء يعين كل طرف ثلاثة منهم، على أن تكون رئاسة هذه اللجنة لأحد الأعضاء المعينين من قبل الحكومة.

وبالإضافة إلى ما تقدم، تتسم عقود اقتسام الإنتاج بخصائص مشتركة منها أن الشركة الأجنبية الطرف فى العقد لا تلتزم تجاه حكومة الدولة

المتعاقدة بأداء أية إيجارات[١] أو عوائد.

كما أنها لا تلتزم بأداء أى نوع من الضرائب أو الرسوم، وذلك على خلاف ما كان متبعا فى ظل عقود الامتياز وعقود المشاركة. ولعل ذلك يرجع إلى كون الشركة الأجنبية المتعاقدة مجرد مقاول يعمل لحساب الطرف الوطنى. وفى ذلك تتشابه عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاولة.

كما تتميز عقود اقتسام الإنتاج بقصر مدتها بالمقارنة بعقود الامتياز وعقود المشاركة، حيث لم تتجاوز مدة البحث والتنقيب عن البترول فى كل عقود اقتسام الإنتاج التى أبرمتها مصر، على سبيل المثال، مع الشركات الأجنبية ثمان سنوات[٢]، كما لم تتجاوز مدة التنمية والاستغلال خمسة وعشرين عاما[١]. ومن هذه الناحية تتشابه عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاولة على النحو السابق بيانه.

كما أن المساحات التى تغطيها هذه العقود محدودة للغاية بالمقارنة بالمساحات التى كانت تغطيها عقود الامتياز. كما أن نظام التخلى عن المناطق غير المستغلة المنصوص عليه فى هذه العقود أشد صرامة بالمقارنة بنظام التخلى الذى كان منصوص عليه فى عقود الامتياز وعقود المشاركة. فعلى سبيل المثال، طبقا للعقد المبرم بين حكومة قطر ومجموعة الشركات الألمانية والأمريكية عام ١٩٧٦، يتخلى المقاول (أى الشركات المتعاقدة) عن خمسين فى المائة (٥٠٪) من المنطقة التى يشملها العقد خلال الخمس سنوات الأولى، ثم يتخلى عن عشرين فى المائة (٢٠٪) أخرى من المنطقة خلال الثمان سنوات الأولى، ولا يستبقى غير مناطق العمل الفعلى بعد الإثنى عشر عاما الأولى. وفى ذلك تتشابه أيضا عقود اقتسام الإنتاج مع عقود المقاولة.

---

(١) باستثناء العقود التى أبرمتها قطر وسلطنة عمان فى عامى ١٩٧٥، ١٩٧٦، السالفة الذكر، حيث نصت على أن يدفع الطرف الأجنبى إيجارا سنويا حتى تاريخ بدء التصدير.

(٢) باستثناء العقد المبرم بين مصر والهيئة وشركة أسو فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٨٤، حيث كانت مدة البحث عشر سنوات كحد أقصى (الجريدة الرسمية، العدد ٠٠ (تابع) فى ٦ أغسطس ١٩٨٤).

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن هذه العقود قد نصت على الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التى قد تنشأ بين الأطراف بصددها. على أن يلاحظ أن العقود التى أبرمتها الحكومة المصرية مع الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية، قد درجت على التفرقة بين المنازعات التى تنشأ بين الحكومة وطرف أو أكثر من أطراف العقد والمنازعات التى تنشأ بين أطراف العقد الأخرى. ونصت على إخضاع النوع الأول لاختصاص المحاكم المصرية، بينما نصت على إخضاع النوع الثانى لنظام التحكيم.

ونحن نرى عدم وجود ما يبرر هذه التفرقة، فالهيئة المصرية العامة للبترول وإن كانت تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة، إلا أنها فى نهاية الأمر ليست سوى جهاز من أجهزة الدولة. وأى ضرر يقع عليها يلحق فى نفس الوقت بالدولة، هذا من ناحية. من ناحية أخرى، فإن هذه التفرقة غير منطقية وقد تثير الصعوبات فى التطبيق فلو أن خلافا ما دب بين الحكومة، والهيئة، والشركة الأجنبية المتعاقدة، بشأن مسألة بعينها، فإنه من غير المنطقى أن يخضع هذا النزاع مرتين، مرة أمام القضاء المصرى للفصل فيه بين الحكومة من ناحية والهيئة والشركة الأجنبية من ناحية أخرى. ومرة ثانية أمام المحكمين للفصل فيه بين الهيئة من ناحية، والشركة الأجنبية من ناحية ثانية.

ولذا نرى إما أن يتم الاتفاق على اختصاص القضاء المصرى بشأن المنازعات التى تثور بين الأطراف جميعا أو أن يتم الاتفاق على تسويتها بطريق التحكيم.

---

(١) باستثناء العقد المبرم بين مصر والهيئة وشركة شل ويتنج الهولندية، وشل قارون النساوية فى ٨ أبريل سنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية، العدد ١٢ مكرر (أ) فى ٢١ مارس ١٩٨٤) والعقد المبرم بين مصر والهيئة وشركة شل ويتنج المبرم فى ٢٢ ديسمبر ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (تابع) فى ١٢ مايو ١٩٨٨) حيث كانت مدة عقد التنمية عشرين عاما يجوز مدها عشر سنوات أخرى.

الفصل الثالث

أهم الحقوق والالتزامات التى تنشئها عقود البترول وأهم الشروط التعاقدية التى تتضمنها

تتميز عقود البترول عن غيرها من العقود من حيث الحقوق والالتزامات التى تنشئها على عاتق الأطراف. كما تتميز أيضا باشتمالها على شروط تعاقدية من غير المألوف إدراجها فى العقود المعتاد إبرامها بين الأشخاص الخاصة، سواء فى إطار المعاملات الداخلية أو المعاملات الدولية الخاصة.

ونعرض فى مبحث أول لأهم الحقوق والالتزامات التى تنشئها عقود البترول، ثم نعرض فى مبحث ثان لأهم الشروط التعاقدية التى تتضمنها.

المبحث الأول

أهم الحقوق والالتزامات
التى تنشئها عقود البترول

تنشىء عقود البترول مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق أطرافها، شأنها فى ذلك شأن غيرها من العقود الأخرى الملزمة للجانبين. ولعله من الضرورى فى هذا الخصوص الإشارة إلى أن جانبا كبيرا وهاما من هذه الحقوق والالتزامات يختلف فى مداه بحسب الشكل القانونى الذى يفرغ فيه الأطراف عقدهم، وما إذا كان العقد قد اتخذ صورة عقد من عقود الامتياز أو المشاركة أو المقاولة أو عقد من عقود اقتسام الإنتاج، وذلك على النحو السابق بيانه عند دراسة الأشكال التعاقدية المختلفة التى تتخذها عقود البترول.

ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، الحق فى ملكية البترول المنتج والتصرف فيه. ففى ظل عقود الامتياز كانت الشركة الأجنبية صاحبة الامتياز هى صاحبة الحق وحدها فى تملك البترول المنتج والتصرف فيه، فكان لها وحدها الحق فى نقله وتكريره وتصديره وبيعه. بينما فى ظل عقود المشاركة، فإن ملكية البترول المنتج وحرية التصرف فيه كانت من حق الطرفين (الأجنبى والوطنى) كل حسب حصته فى المشاركة المتفق عليها فى العقد. وفى ظل عقود المقاولة، فإن الشركة [illegible]طنية الطرف فى العقد تعتبر هى المالك الوحيد للبترول المنتج، وبالتالى [illegible] لها الحق فى التصرف فيه. وفى ظل عقود اقتسام الإنتاج، فإن البترول [illegible]تج يخصص منه نسبة معينة لسداد كافة المصروفات التى أنفقتها الشركة [illegible]جنبية، ثم يتم تقسيم الكمية المتبقية من البترول المنتج على الطرفين [illegible]وطنى والأجنبى) وذلك بالكيفية المنصوص عليها فى العقد.

ومن قبيل ذلك أيضا التزام الشركة الأجنبية المتعاقدة بالتخلى عن مناطق غير المستغلة. [illegible] ظل عقود الامتياز كان التخلى عن المناطق غير المستغلة يتوقف على محض إرادة الشركة صاحبة الامتياز. بينما نصت الأشكال التعاقدية الجديدة، عقود المشاركة والمقاولة واقتسام الإنتاج، على

التزام الشركة المتعاقدة بالتخلى عن المناطق غير المستغلة وفق نسب معينة وفترات زمنية محددة.

بيد أنه، إلى جانب هذه الحقوق والالتزامات التى ينشئها العقد وتختلف من حيث مداها بحسب الشكل القانونى الذى يفرغ فيه العقد، فإن أن هذه العقود تتضمن النص على عدد من الحقوق يمكن القول بتوافرها فى معظم عقود البترول أيا كان الشكل القانونى الذى تفرغ فيه.

ولما كنا قد عرضنا للنوع الأول من هذه الحقوق والالتزامات عند دراسة الأشكال التعاقدية المختلفة التى تتخذها عقود البترول، فإن الحديث - هنا - يقتصر على أهم الحقوق التى تنص عليها عقود البترول غالبا أيا كان الشكل التعاقدى الذى تتخذه. وفى ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ونعرض فيه لأهم حقوق الشركة الأجنبية المتعاقدة.

المطلب الثانى: ونعرض فيه لأهم حقوق الدولة المتعاقدة.

المطلب الأول

حقوق الشركة الأجنبية

تنشىء عقود البترول عدة حقوق لصالح الشركة الأجنبية المتعاقدة من أهمها: الحق فى استخدام الأجانب، التمتع بالاعفاءات الجمركية، الحق فى التنازل عن العقد وإنهائه. ونعرض فيما يلى لهذه الحقوق على نحو موجز.

أولا: الحق فى استخدام الأجانب:

تخول معظم عقود البترول - عادة - الشركة الأجنبية الطرف فى العقد الحق فى استخدام أشخاص أجانب، خصوصا من الفنيين والإداريين، فى تنفيذ العمليات الموكولة إليها بموجب العقد. ومع ذلك، فإن هذا الحق لم يكن مطلقا، بل تكفلت برسم حدوده وبيان مداه الشروط التعاقدية ذاتها التى خولت هذا الحق.

فلقد قيدت غالبية عقود البترول من حق الشركة الأجنبية فى

استخدام الأشخاص الأجنبية بشرط عدم توافر الأشخاص الوطنيين المؤهلين للقيام بمثل هذه الأعمال. ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للزيت (والمسماة أرامكو) فى عام ١٩٢٣ من أن «يدير المشروع المنصوص عليه فى هذه الاتفاقية ويراقبه أشخاص أمريكيون وهم يستخدمون على قدر الاستطاعة والإمكان رعايا الحكومة العربية السعودية. وطالما كان بإمكان الشركة إيجاد موظفين لائقين من رعايا الحكومة العربية السعودية فإنها لا تستخدم رعايا أى حكومات أخرى».

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (٢٩) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة العراق وشركة النفط التركية عام ١٩٢٥ من أن «ينبغى ما أمكن أن يكون مستخدموا الشركة فى العراق من رعايا الحكومة. أما المديرون والمهندسون والكيماويون والحفارون وملاحظوا العمال والميكانيكيون وغيرهم من العمال الفنيين والكتبة فيمكن استقدامهم من خارج العراق إذا لم يكن إيجاد الأشخاص الأكفاء من هذه الأنواع فى العراق ...». بل لقد ذهبت بعض العقود إلى أبعد من ذلك، حيث أوجبت فى حالة عدم توافر الوطنيين المؤهلين للقيام بهذه الوظائف، إعطاء الأولوية لمواطنى الدول الأخرى الصديقة. من ذلك ما نصت عليه المادة (٢١) من عقد الامتياز المبرم بين حكومة السعودية وشركة الباسفيك الأمريكية فى عام ١٩٤٩ من أن «تستخدم الشركة فى عملياتها ... عربا سعوديين أو غيرهم من العرب إلى أقصى حد ممكن. وفى هذا السبيل تعطى أفضلية التوظف أولا للمواطنين العرب السعوديين ثم لرعايا الأمم العربية الأخرى الصديقة فيما يتعلق بالعمل الذى يكونون أهلا له ...»(١).

كما ألزمت بعض عقود البترول الشركة المتعاقدة بألا يقل عدد

---

(١) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب. المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

الموظفين الوطنيين عن نسبة معينة(١). وفى حالة عدم توافر هذه النسبة من رعاياها، أوجبت على الشركة المتعاقدة أعطاء الأفضلية لمواطنى الدول الأخرى الصديقة. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٣٩) من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية والشركة الفرنسية «أوكسيراب» عام ١٩٦٥ من أنه «على الشركة أن تستخدم موظفين سعوديين فى إدارة عملياتها ... وينبغى مراعاة النسب التالية فى جميع المستويات:

أ - لا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين فى داخل المملكة العربية السعودية عن ٧٥٪. ب - لا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين خارج المملكة العربية السعودية ومنطقة الامتياز عن ٣٠٪ عندما يتوفر هذا العدد. وإذا لم يتيسر تنفيذ هذه الشروط لنقص فى الموظفين والعمال السعوديين المدربين، فيجب أن تستخدم الشركة موظفين وعمالا بالترتيب الآتى: مواطنى الدول العربية الأعضاء فى جامعة الدول العربية، ثم مواطنى الدول العربية الأخرى ثم مواطنى الدول الأخرى الصديقة»(٢).

وبالإضافة إلى ما تقدم، لقد أكدت غالبية عقود البترول على ضرورة قيام الشركة المتعاقدة بوضع وتنفيذ برامج لتدريب الموظفين الوطنيين على مختلف عمليات صناعة البترول. من ذلك يمكن أن أذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ من أنه «على الشركة بعد استشارتها الحكومة أن تعد وتنفذ برنامجا خاصا لتدريب موظفيها السعوديين على جميع مراحل صناعة الزيت بما فى ذلك التدريب على الإدارة والرقابة»(٣).

---

(١) من ذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الانجليزية المصرية لآبار الزيوت فى عام ١٩٢٧ لاستغلال بترول منطقة رأس غارب (البند ٣٦، البند ٢٧). ويعتبر هذا العقد أول عقد امتياز بترولى يلزم الشركة المتعاقدة بألا يقل عدد العمال والمستخدمين الوطنيين عن نسبة مئوية معينة. ومن الجدير بالملاحظة أن العقود اللاحقة التى أبرمتها مصر لم تتضمن مثل هذا النص.

(٢) ومن ذلك أيضا العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢٢).

(٣) ومن ذلك أيضا: العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة الفرنسية «أوكسيراب» عام ١٩٦٥ (م ٤٠).

بل لقد ذهب جانب كبير من هذه العقود - خصوصا العقود المبرمة مع مصر - إلى أبعد من ذلك، فبعد أن نصت هذه العقود على قيام الشركة، بالتشاور مع الحكومة، بإعداد وتنفيذ برامج لتدريب الموظفين الوطنيين، نصت على أن تتعهد الشركة بأن يحل الموظفين الوطنيين محل الموظفين الأجانب(١).

ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الخصوص أن دخول المستخدمين الأجانب وإقامتهم فى الدولة المتعاقدة يخضع لقوانين هذه الدولة(٢). وهو ما حرصت غالبية عقود البترول على الإشارة إليه. من ذلك على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (١٧) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول، وشركة أموكو للزيت فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «١- يمنح الأجانب من الاداريين والمهنيين والفنيين ... حق الإقامة المنصوص عليه فى القانون ... ويوافق المقاول على أن تطبق كافة اللوائح الخاصة بالهجرة وجوازات السفر والتأشيرات والتوظيف، على جميع مستخدمى المقاول الأجانب الذين يعملون فى ج.م.ع.»(٣).

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن علاقة العمل التى تربط العمال والموظفين بالشركة تخضع لقانون الدولة المتعاقدة وذلك باعتباره قانون

---

(١) من ذلك: العقد المبرم بين مصر والمؤسسة ... وشركة فيليبس عام ١٩٦٣ (م ٢٦)، والعقود المبرمة بين مصر والمؤسسة ... وبان أمريكان على ١٩٦٣، ١٩٦٤ (م ٢٩).

(٢) للمزيد من التفاصيل حول القواعد المنظمة لدخول الأجانب وإقامتهم واستخدامهم فى الدول المضيفة فى مجال الاستثمار، راجع: د. عصام الدين بسيم، النظام القانونى للاستثمارات الأجنبية الخاصة فى الدول الآخذة فى النمو، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ١٨ ومابعدها.

(٣) راجع هذا العقد منشور فى الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ (تابع) فى ٣٠ يونيه عام ١٩٨٨. وراجع أيضا: العقد المبرم بين مصر والهيئة ... وشركة ايوك كولنك فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧. (انظر: الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ (تابع) ٨ أكتوبر عام ١٩٨٨)، والعقد المبرم بين مصر والهيئة ... وشركة شل وينتج الهولندية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (تابع) ١٢ مايو عام ١٩٨٨).

الدولة التى يجرى على إقليمها تنفيذ العمل(١). وهو ما حرصت غالبية العقود على الإشارة إليه(٢).

ثانيا: الحق فى التمتع بالإعفاءات الجمركية:

خولت معظم عقود البترول الشركات الأجنبية المتعاقدة الحق فى أن تستورد من الخارج جميع الآلات والمعدات وغيرها من الأجهزة والمواد اللازمة لتنفيذ العمليات الموكولة إليها، مع الإعفاء من كافة الضرائب والرسوم الجمركية. كما أجازت لها إعادة تصدير الأشياء التى قامت باستيرادها - وكذلك تصدير كميات البترول المنتجة ومشتقاته المستحقة لها - مع الإعفاء من أية ضرائب أو رسوم تصدير أيا كان نوعها. كما أجازت لها أيضا بيع الأشياء المستوردة داخل الدولة المتعاقدة، مع وجوب سداد جميع الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة عليها، وذلك مالم يكن قد تم بيع هذه الأشياء إلى شركة أخرى تتمتع بهذا الإعفاء. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٤) من العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة الفرنسية «أوكسيراب» من أنه «يجوز لصاحب الامتياز فى كل الأوقات وأثناء قيام هذه الاتفاقية أن يستورد - بدون رسوم جمركية وقنصلية وغيرها من ضرائب الاستيراد والمبيعات أو الإنتاج أو الاستعمال، أو أية ضريبة غير مباشرة ... جميع السلع التى قد يحتاج إليها صاحب الامتياز فى إدارة

---

(١) ويتفق ذلك مع الاتجاه السائد فى مجال القانون الدولى الخاص، حيث اتجه الفقه الحديث إلى إخضاع علاقات العمل لقانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ العمل. ويرجع ذلك إلى أن مشرعى الدول يحرصون على تنظيم عقود العمل بقواعد آمرة تهدف إلى حماية العمال كالقواعد الخاصة بتحديد الأجور، وعدد ساعات العمل ... الخ. وتعد هذه القواعد من القواعد ذات التطبيق المباشر التى تطبق بصفة دائمة. انظر: د. هشام على صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة فى المبادىء العامة والحلول الوضعية المقررة فى التشريع المصرى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٦٩١ ومابعدها.

(٢) على سبيل المثال راجع: عقد السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣ (م ٢٢)، عقد السعودية مع الشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢٢)، عقد السعودية مع الشركة الفرنسية أوكسيراب عام ١٩٦٥ (م ٢٩)، عقد استغلال منطقة سدر للبترول بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إجبشيان أويل عام ١٩٤٨ (البند ٣٦) وعقد مصر مع شركة كونورادا عام ١٩٥٤ (البند ٤٩).

عملياته ... وفى تنفيذ التزاماته التى فرضتها الاتفاقية المذكورة. وتعنى كلمة «السلع» كما هى واردة هنا، المنتجات والآلات والمعدات وقطع الغيار والمؤن من أى نوع كانت والمواد الخام ... وإذا حدث بعد ذلك أن باع صاحب الامتياز السلع المعفاة إلى مشتر لا يستحق هذا الإعفاء، وجب دفع الرسوم المستحقة ... ويجوز تصدير البترول وأى مستخرج آخر من مستخرجاته ... وأية سلع مستوردة بدون دفع رسوم عليها بمقتضى هذه المادة، دون دفع رسوم أو ضرائب ... أو أية مكوس مماثلة ودون رخصة تصدير أو قيد من أى نوع كان»(١).

بل لقد ذهبت بعض هذه العقود إلى أبعد من ذلك، حيث نصت على أن يسرى الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية على المقاولين والمقاولين من الباطن الذين تستخدمهم الشركات المتعاقد فى تنفيذ العمليات الموكولة إليها. من ذلك، على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٢١) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٣ من أنه «يسمح للمؤسسة ولبان أمريكان ولغابكو ولمقاوليهم والمقاولين من الباطن الذين يقومون بتنفيذ العمليات موضوع هذه الاتفاقية بالاستيراد من الخارج، ويعفون من الرسوم الجمركية الخاصة بالاستيراد ...»(٢).

ولكن، إذا كانت عقود البترول غالبا ما تخول الشركات المتعاقدة

(١) وكأمثلة راجع أيضا: عقد السعودية مع الشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٨)، والعقود التى أبرمتها العراق مع شركة نفط العراق عام ١٩٢٥ (م ٢٨)، وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ (م ٢٨)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨ (م ٣٠). والعقود التى أبرمتها مصر مع شركتى بان أمريكان وفيليبس عامى ١٩٦٣، ١٩٦٤. كما جرت عقود اقتسام الانتاج التى تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية على تضمنها نصا فى هذا المعنى.

(٢) وكأمثلة راجع أيضا: العقد المبرم بين مصر وشركة كونورادا عام ١٩٥٤ (البند ٥٠)، والعقد المبرم بين مصر والمؤسسة ... وشركة فيليبس علم ١٩٦٣ (م ١/٢٤)، والعقد المبرم بين مصر والمؤسسة ... وبان أمريكان عام ١٩٦٤ (م ٢١/أ). وكذلك: العقد المبرم بين السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام ١٩٦٥ (م ٢٤).

الحق فى الاستيراد والتصدير مع التمتع بالإعفاء من كافة الضرائب والرسوم الجمركية. بيد أن هذا الحق ليس حقا مطلقا، بل ترد عليه بعض القيود نصت عليها الشروط التعاقدية ذاتها التى نصت على التمتع بالإعفاء.

فلقد قيدت غالبية عقود البترول من حق الشركات المتعاقدة فى التمتع بالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية وذلك بنصها على عدم سريان هذا الإعفاء على الأشياء المستوردة إذا كانت هذه الأشياء تصنع محليا وتتماثل مع الأشياء المستوردة فى الصنف والجودة ويمكن الحصول عليها بسهولة وبأسعار مناسبة. ويمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (١٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أموكو الأمريكية للزيت فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «هـ - لا يسرى الإعفاء المنصوص عليه فى الفقرة (أ) من هذه المادة على أية أشياء مستوردة إذا كانت لها من وجهة نظر الهيئة نظائر مشابهة أو مشابهة إلى حد كبير صنفا وجودة مما ينتج محليا ويكون شراؤها واستلامها فى الوقت المناسب ميسورا فى ج.م.ع. بسعر لا يزيد بأكثر من عشرة فى المائة (١٠٪) من تكلفة الشىء المستورد قبل إضافة الرسوم الجمركية ولكن بعد إضافة تكاليف النقل والتأمين»(١).

بل لقد قطعت هذه العقود شوطا أبعد من ذلك عندما أوجبت على الشركات المتعاقدة إعطاء الأفضلية للأشياء المصنوعة محليا متى كانت متماثلة مع الأشياء المستوردة فى الصنف والجودة ويمكن الحصول عليها بسهولة وبسعر مناسب. من ذلك، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٥) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أيوك كوانك البنمية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «يجب على المقاول أو الشركة القائمة بالعمليات، حسب الأحوال، ومقاوليهم

---

(١) انظر فى هذا العقد: الجريدة الرسمية - العدد ٢٦ (تابع) فى ٣٠ يونيه ١٩٨٨. وكأمثلة راجع أيضا: العقود التى أبرمتها مصر مع شركتى بان أمريكا وفيليبس عامى ١٩٦٣، ١٩٦٤. والعقد المبرم بين السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام ١٩٦٥. ومن الجدير بالإشارة أن كل عقود اقتسام الإنتاج التى تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية تتضمن نصا مماثلا.

مراعاة ما يلى: ب- إعطاء أفضلية للمواد المصنوعة محليا وكذا المعدات والآلات والسلع الاستهلاكية طالما أنها متماثلة من ناحية الجودة ومواعيد التسليم مع المواد والمعدات والآلات والسلع الاستهلاكية المتوافرة دوليا ...»(١).

وأخيرا وليس آخرا، تحرص عقود البترول غالبا(٢) على النص على عدم تمتع الموظفين التابعين للشركات المتعاقدة، والشركات القائمة بالأعمال والمقاولين والمقاولين من الباطن، بمثل هذه الإعفاءات على ما يستوردونه من أجل استعمالهم الشخصى إلا فى حدود ما تنص عليه القوانين واللوائح النافذة فى الدول المنتجة. وهكذا، وعلى سبيل المثال، نصت المادة (١٢) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس بتروليم الليبرية فى ٢ أغسطس عام ١٩٨٧ على أنه: «جـ - لا يتمتع الموظفون التابعون للمقاول والشركة القائمة بالعمليات والمقاولون، والمقاولون من الباطن بأية إعفاءات من الضرائب الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الملحقة بها إلا فى حدود ما تنص عليه القوانين واللوائح المعمول بها فى ج.م.ع.»(٣).

---

(١) انظر فى هذا العقد: الجريدة الرسمية - العدد ٤٠ (تابع) ٨ أكتوبر عام ١٩٨٨. وكأمثلة راجع أيضا: العقد المبرم بين شركة النفط الوطنية العراقية والشركة الفرنسية إيراب عام ١٩٦٨ (م ٢١/٤)، والعقد المبرم بين السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام ١٩٦٥ (م ٥٦). وكذلك العقود التى أبرمتها مصر مع شركتى بان أمريكا وفيليبس عامى ١٩٦٣، ١٩٦٤. ومن الجدير بالاشارة أن عقود اقتسام الانتاج التى تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية تتضمن نصا مماثلا.

(٢) باستثناء عقود المشاركة، وعقود اقتسام الإنتاج التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية فى الستينيات والسبعينيات وحتى أوائل الثمانينيات. فقد أجازت هذه العقود للأجانب من موظفى الشركات المتعاقدة والشركات القائمة بالعمليات والمقاولين والمقاولين من الباطن أن يستوردوا مع إعفائهم من جميع الضرائب والرسوم الجمركية كل ما يحتاجونه من أشياء للاستعمال الشخصى ولأسرهم. من ذلك على سبيل المثال العقد المبرم بين مصر والمؤسسة المصرية ... وبان أمريكان عام ١٩٦٣، والعقد المبرم بين مصر والمؤسسة المصرية وشركة فيليبس عام ١٩٦٣.

(٣) وكأمثلة راجع أيضا: العقود التى أبرمتها حكومة السعودية مع شركة أرامكو عام ١٩٣٣ (م ٢١)، ومع شركة الباسفيك عام ١٩٤٩ (م ٤٩)، وشركة أوكسيراب الفرنسية عام ١٩٦٥ (م ٢٤). وكذلك العقود التى أبرمتها حكومة العراق مع شركة نفط العراق -

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص أن حق الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية الذي نصت عليه معظم عقود البترول لصالح الشركات الأجنبية يندرج في إطار السياسة العامة التي تنتهجها العديد من الدول، وخصوصا الدول الآخذة في النمو، من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية على الوفود إليها(١).

ثالثا: الحق في التنازل عن العقد وانهائه:

تتضمن عقود البترول، في الغالب الأعم، نصا يجيز للشركة الأجنبية الطرف في العقد - من حيث المبدأ - أن تتنازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يثور هو هل حق الشركات الأجنبية المتعاقدة في التنازل عن العقد قد جاء مطلقا من أية قيود أو شروط؟ أم أن هناك قيودا أو شروطا يجب توافرها لاستعمال الشركات المتعاقدة لهذا الحق؟ لقد أجابت على هذا التساؤل الاشتراطات العقدية ذاتها التي نصت على هذا الحق. ويمكننا في هذا الصدد أن نميز بين طائفتين من العقود: الطائفة الأولى، وهي طائفة العقود التي أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية. وقد أجازت للشركات المتعاقدة بأن تتنازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها وذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الحكومة، وبعد توافر شروط معينة نصت عليها هذه العقود ذاتها. وعلى الرغم من أن هذه الشروط قد تختلف من عقد لآخر، بيد أن هناك شروطا مشتركة ورد النص عليها في معظم العقود، من أهمها: ١- أن تكون الشركة المتعاقدة قد

- عام ١٩٢٥ (م ٢٨)، وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ (م ٢٨)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨ (م ٣٠)، ومما تجدر الإشارة إليه أن عقود اقتسام الإنتاج التي أبرمتها مصر منذ عام ١٩٨٧ قد جرت على تضمنها نصا مماثلا.

(١) انظر في تأثير السياسة الضريبية على الاستثمارات الأجنبية، د. عصام الدين مصطفى بسيم، المرجع السابق، ص ١١٤، خصوصا ص ١٢٦ ومابعدها.

أوفت بكافة التزاماتها الناشئة عن العقد على أحسن وجه حتى تاريخ طلب التنازل. ٢- أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل المعقول للحكومة على قدرتها المالية. ٣- أن تشتمل وثيقة التنازل على نصوص تقرر صراحة وعلى وجه الدقة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة فى العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل(١).

أما الطائفة الثانية من العقود فقد فرقت بين حالتين: الحالة التى تتنازل فيها الشركة المتعاقد عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى مستقلة عنها، وحالة تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة تابعة لها. واشترطت هذه الطائفة من العقود فى الحالة الأولى أن تحصل الشركة المتعاقدة على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة مسبقا، بينما أجازت فى الحالة الثانية للشركة المتعاقدة هذا التنازل بدون حاجة للحصول على الموافقة المسبقة من قبل حكومة الدولة المتعاقدة. من ذلك على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٧٠) من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أوكسيراب الفرنسية عام ١٩٦٥ من أن «لا يجوز لصاحب الامتياز، بدون موافقة مكتوبة من الحكومة، أن يحول حقوقه والتزاماته المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية أو أيا منها إلى أى شخص آخر أو شركة أخرى ... ومع ذلك يسمح لأوكسيراب بأن تحول بعد إخطار الحكومة بخطاب مسجل بعض أو كل

---

(١) راجع على سبيل المثال: عقد استغلال بترول رأس غارب عام ١٩٣٨ (البند ٢٦)، عقد استغلال بترول منطقة سدر علم ١٩٤٨، د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٤١٢، ص ٤٢٤، وكذلك العقود التى أبرمتها مصر مع شركتى بان أمريكان وفيليبس علمى ١٩٦٣، ١٩٦٤ (م ٣٦، م ٤٤)، د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٨٨، ومابعدها. وكذلك كل عقود اقتسام الإنتاج التى تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية من ذلك: العقد المبرم مع شركة شل وينتج الهولندية فى ٢٢ ديسمبر علم ١٩٨٧ (م ٢٠)، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (تابع) فى ١٢ مايو سنة ١٩٨٨، والعقد المبرم مع شركة أيوك كولنك البنمية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٠)، الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ (تابع) فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٨٨

حقوقها والتزاماتها المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية إلى الريجى أوتونوم دية بترول أو إلى أى من الشركات التابعة لها ...»(١).

ونحن من جانبنا نفضل المسلك الذى اتبعته الطائفة الأولى من العقود، والتى علقت تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى، سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها، على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة المسبقة، وذلك لأن شخصية الشركة المتعاقدة تكون محل اعتبار هام، عند ابرام هذه العقود، من قبل الدولة المتعاقدة معها. كما أحسنت هذه العقود صنعا عندما تطلبت لاتمام هذا التنازل أن يكون المتنازل قد أوفى بكافة التزاماته الناشئة عن العقد، وأن تتوافر فى الشركة المتنازل لها الكفاءة المالية والفنية حتى يمكنها تنفيذ هذه الالتزامات على أحسن وجه، وأن تتضمن وثيقة التنازل النص صراحة على التزام الشركة المتنازل إليها بكافة الأحكام والشروط الواردة فى العقد لأن من شأن ذلك منع حدوث أى خلاف فى المستقبل حول مدى التزامها بها.

كما تجيز عقود البترول، عادة، للشركات الأجنبية بأن تضع نهاية للعقد قبل حلول الأجل المتفق عليه وذلك بنصها على أن من حق الشركة المتعاقدة بأن تنهى أو تتنازل أو تتخلى عن حقوقها والتزاماتها الناجمة عن العقد فى أى وقت شاءت شريطة إخطار حكومة الدولة المتعاقدة، أو الشركة الوطنية، حسب الأحوال، فى خلال مدة معينة برغبتها فى ذلك. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٤٦) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس للبترول عام ١٩٦٢ من أنه «١- يجوز للمؤسسة وفيليبس أو لأى منهما أن تتخلى، فى أى وقت، عن حقوقها ومصالحها ... بشرط أن تخطر الحكومة كتابة بذلك قبل التخلى بسنة واحدة على الأقل»(٢).

---

(١) ومن قبيل ذلك أيضا: العقد المبرم بين السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣ (م ٢٢)، وعقد السعودية مع شركة الباسفيك عام ١٩٤٩ (م ١٥)، وعقد السعودية مع الشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢١)، والعقود التى أبرمتها العراق مع شركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ (م ٢٥)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨ (م ٢٧).

(٢) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٨١١ ومابعدها. وكأمثلة لهذه العقود: العقد المبرم بين مصر والمؤسسة المصرية =

بيد أنه إذا كانت معظم عقود الامتياز لم تقيد من حق الشركة الأجنبية صاحبة الامتياز فى وضع نهاية للعقد قبل حلول أجله إلا بشرط إخطار حكومة الدولة المتعاقدة، فإن غالبية الأشكال التعاقدية الجديدة قد أوجبت على الشركة المتعاقدة، إلى جانب شرط الإخطار السابق ذكره، أن توفى بالتزاماتها المالية حتى التاريخ الذى تتخلى فيه الشركة عن حقوقها والتزاماتها المتبقية. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٧/١٤) من العقد المبرم بين الشركة الوطنية العراقية للنفط والشركة الفرنسية «إيراب» عام ١٩٦٨ من أنه «عند إنتهاء أى من المرحلتين الأولى أو الثانية. إذا رأت إيراب أن أحوال باطن الأرض فى المنطقة المخصصة تستبعد إمكانية وجود فرصة معقولة لاكتشاف النفط بكميات تجارية، فإن لإيراب الحق فى إيقاف عمليات التنقيب والتنازل عن جميع الحقوق وإعفائها من جميع الالتزامات الناجمة عن هذا العقد. وذلك بشرط إعلام شركة النفط الوطنية العراقية بهذا القرار قبل شهرين من تاريخ المرحلة ذات العلاقة وعلى أن يكون الحد الأدنى للمصروفات الملتزم بها لتلك المرحلة قد تم إنفاقه كليا وفى حالة كون هذا الحد الأدنى لم يصرف بأكمله فإن على إيراب أن تدفع إلى شركة النفط الوطنية العراقية المقدار الكلى للمبالغ غير المصروفة. ويعتبر العقد منتهيا»(١).

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة أهم الحقوق التى تتمتع بها الشركة المتعاقدة، ونعرض حاليا لأهم الحقوق التى تتمتع بها الدولة المتعاقدة.

- العامة للبترول وبان أمريكان عام ١٩٦٢، والعقد المبرم بين نفس الأطراف عام ١٩٦٤ (المادة ٣٩). راجع: نفس المرجع المذكور، ص ٦٨٨ ومابعدها. ص ١٠٣٦ ومابعدها. وكذلك أيضا: العقد المبرم بين السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٥٤)، والعقد المبرم بين السعودية وشركة أوكسيراب الفرنسية عام ١٩٦٥ (م ٥٧). راجع: نفس المرجع المذكور، ص ١٨٣ ومابعدها، ص ١٢١٩ ومابعدها.

(١) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق. ص ١٤٦٢ ومابعدها. ومن العقود التى نصت على هذا الشرط: بالاضافة إلى العقود المذكورة فى الهامش السابق مباشرة، كل عقود اقتسام الانتاج التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية فى السبعينيات والثمانينيات تقريبا.

المطلب الثانى

حقوق الدولة المتعاقدة

تنشىء عقود البترول لصالح الدولة المتعاقدة عدة حقوق من أهمها: الحق فى الاستيلاء على الإنتاج وحقول البترول، والحق فى الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة، والحق فى إلغاء العقد. ونعرض فيما يلى لهذه الحقوق على نحو موجز.

أولا: الحق فى الاستيلاء على الإنتاج وحقول البترول:

درجت عقود البترول - خصوصا فى مصر - على النص على أنه فى حالة الطوارىء الوطنية بسبب الحرب أو بسبب توقع قيام حرب وشيكة الوقوع أو لأسباب داخلية، فإنه يجوز للحكومة أن تستولى على كل أو جزء من الإنتاج الذى يتم الحصول عليه من المنطقة التى يشملها العقد، وأن تطلب من الشركة المتعاقدة أو الشركة القائمة بالعمليات، حسب الأحوال، زيادة هذا الإنتاج، كما يجوز للحكومة أيضا أن تستولى على حقل الزيت ذاته. كل ذلك مع تقرير حق الشركة فى الحصول على التعويض العادل(١).

ثانيا: الحق فى الإشراف والرقابة:

تتضمن عقود البترول نصوصا تعطى للدولة المتعاقدة الحق فى ممارسة نوع من الرقابة والإشراف على عمليات الشركة المتعاقدة وأنشطتها، وذلك حتى تتأكد الدولة من قيام الشركة بأداء التزاماتها وفقا لما هو متفق عليه فى العقد. وقد نصت هذه العقود على عدة وسائل من أجل قيام الدولة بمهمة الإشراف والرقابة.

---

(١) انظر على سبيل المثال: العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو وست فيران أنك، وشركة توتال بروش أوريون فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٨٢ (م ١٩) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد - ٨ تابع (أ) فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٨٦، والعقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة نيفادا الأمريكية فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٣ (م ١٩)، منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ١٢ (مكرر) فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٢، والعقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج وشركة شل قارون فى ٨ إبريل سنة ١٩٨٤ (م ٢٧) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ١٣ مكرر (أ) فى ٢١ مارس سنة ١٩٨٤.

فقد تضمنت معظم عقود البترول نصوصا تعطى لممثلى الحكومة المفوضين تفويضا قانونيا الحق فى الدخول إلى المنطقة موضوع العقد وإلى مواقع العمليات التى تجرى فيها. وتجيز لهؤلاء الممثلين فحص دفاتر وسجلات وبيانات الشركة المتعاقدة، وكذلك الشركة القائمة بالعمليات فى بعض الأحيان، وإجراء عدد معقول من عمليات المسح والرسومات والإختبارات بغرض تنفيذ العقد. ولهذه الأغراض، يحق لهم أن يستعملوا آلات وأدوات الشركة بشرط ألا ينشأ عن هذا الاستعمال أى خطر أو تعويق للعمليات موضوع العقد.

كما ألزمت الشركة بأن تقدم لهؤلاء الممثلين كافة المزايا والتسهيلات التى تقدمها لموظفيها فى الحقل وتقدم لهم مجانا مكانا مناسبا فى مكاتبها لاستعمالهم ومساكن مؤثثة بشكل لائق أثناء تواجدهم فى الحقل بغرض تيسير مهمتهم. هذا مع التزام الحكومة أو ممثلوها بعدم إفشاء أية معلومات يحصلون عليها(١).

كما تضمنت غالبية هذه العقود نصوصا تلزم الشركة بمسك دفاتر حسابية وفقا للأوضاع المحاسبية المقبولة والمعمول بها فى صناعة البترول بصفة عامة، وكذلك الدفاتر والسجلات اللازمة لبيان ما ينفذ من أعمال بمقتضى العقد، بما فى ذلك كمية وقيمة كل البترول المنتج، على أن تكون

---

(١) انظر على سبيل المثال العقود المشار إليها فى الهامش السابق، وانظر أيضا: العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج. أن. فى. فى عام ١٩٨٤ (م ١٦) منشور فى الجريدة الرسمية العدد ١٢ مكرر (هـ) فى ٢١ مارس سنة ١٩٨٤، والعقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أسو البنمية فى ٢٧ أغسطس عام ١٩٨٤ (م ١٤) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ٢١ (تابع) فى ٢ أغسطس سنة ١٩٨٤.

هذه الدفاتر والسجلات معدة فى جميع الأوقات المناسبة لفحصها بمعرفة المندوبين المفوضين من قبل الحكومة(١).

كما تضمنت بعض عقود البترول نصوصا تتعلق بالرقابة على كميات البترول المنتج ومشتقاته. وقد أوجبت هذه النصوص على الشركة المتعاقدة أن تزن وتقيس وتكيل بالطريقة التى توافق عليها الحكومة من وقت لآخر كل المواد والمنتجات والمستخرجات التى يشملها العقد. وأعطت الحق لمفتشى الحكومة أو مندوبيها المعينين رسميا بفحص المقاس والوزن والكيل. وفحص المقاييس والموازين والمكاييل المستعملة فى ذلك واختبارها(٢).

هذا ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد أن جانبا من الفقه(٣). قد استند على هذه الشروط التعاقدية التى منحت الدولة المتعاقدة هذا الحق للقول بإضفاء الطابع الإدارى على عقود البترول على نحو ما سنرى فيما بعد.

ثالثا: حق الدولة المتعاقدة فى الغاء العقد أو إنهائه:

رأينا فيما سبق أن كافة عقود البترول - على اختلاف صورها - قد أعطت للشركة الأجنبية الطرف فى العقد الحق فى أن تضع نهاية للعقد قبل حلول الميعاد المضروب له. وذلك بنصها على أن من حق الشركة أن تنهى أو تتنازل أو تتخلى عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد وذلك

---

(١) انظر، على سبيل المثال: العقود المشار إليها فى الهامش السابق، وأنظر أيضا: العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة العامة للبترول وشركة كونوكو، بلاسيد، وهيسانزويل، فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٨٤ (المادتين ١٢، ١٤) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ٢١ تابع (ب) فى ٢ أغسطس سنة ١٩٨٤؛ والعقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس بتروليم الليبيرية فى ٢ أغسطس سنة ١٩٨٧ (المادتين ١٢، ١٤) منشور فى الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ مكرر (د) فى ٦ يوليو سنة ١٩٨٧.

(٢) من ذلك راجع على سبيل المثال: العقود المبرمة بين السعودية وشركة الباسفيك عام ١٩٤٩ (م ١٤)، والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٢٠)، وشركة أوكسيراب عام ١٩٦٥ (م ٥٢)، والعقود المبرمة بين العراق وشركة نفط العراق عام ١٩٢٥ (م ١١) وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ (م ١٣) وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨ (م ١٥).

(٣) انظر فيما بعد ص ٦٠٠ ومابعدها.

بشرط إخطار الحكومة للدولة المتعاقدة خلال فترة زمنية معينة، والوفاء بكافة المستحقات المالية التى تلتزم بها إلى حين تاريخ هذا التنازل أو التخلى.

فى المقابل، لم تتضمن عقود البترول أى نص يمنح الدولة المتعاقدة الحق فى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وفى أى وقت شاءت على نحو ما فعلت بالنسبة للشركات الأجنبية الطرف فى العقد.

ولكن هل معنى ذلك أن عقود البترول لم تتضمن نصا يجيز للدولة المتعاقدة إنهاء العقد فى الحالات التى تخل فيها الشركة المتعاقدة بالتزاماتها المفروضة عليها بموجب العقد؟

لقد أجابت العقود ذاتها على هذا التساؤل. ويمكننا أن نميز بين ثلاث طوائف من هذه العقود. الطائفة الأولى لم تعط للدولة الحق فى إنهاء العقد حتى فى حالة مخالفة الشركة المتعاقدة لالتزاماتها. واكتفت بالنص على أن يكون التعويض هو الجزاء الذى يجب على الشركة أن تدفعه لحكومة الدولة المتعاقدة إذا ما أخلت بأى التزام يفرضه عليها العقد. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٥١) من العقد المبرم بين السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ من أنه «يكون التعويض هو الجزاء الذى تدفعه الشركة للحكومة إذا ما أخلت بأى التزام تفرضه هذه الاتفاقية»(١).

أما الطائفة الثانية من العقود فقد أجازت للدولة المتعاقدة إنهاء العقد فى حالات محددة على سبيل الحصر. من أهمها حالة إخلال الشركة لالتزاماتها المتعلقة بأعمال البحث والتنقيب، أو إخلالها بالالتزامات المتعلقة بالمستحقات المالية الواجب أدائها للحكومة، أو إذا تنازلت عن حقوقها

---

(١) انظر فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ١٨٢ ومابعدها. وفى نفس الاتجاه راجع: العقد المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أوكسيراب الفرنسية عام ١٩٦٥ (م ٦٥). انظر المرجع المذكور، ص ١٢١٩ ومابعدها.

والتزاماتها على وجه مخالف لما هو متفق عليه فى العقد. وفيما عدا هذه الحالات، فإن إخلال الشركة بأى من التزاماتها يكون جزاؤه التعويض(١).

أما بالنسبة للطائفة الثالثة من العقود - وهى طائفة العقود التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية - فقد نصت على حق الدولة. من حيث المبدأ، فى إنهاء العقد فى حالة مخالفة الشركة المتعاقدة لأحكام العقد وبصفة خاصة إذا قدمت الشركة عن علم إلى الحكومة أية بيانات غير صحيحة وكان لهذه البيانات اعتبار جوهرى فى إبرام العقد. أو إذا تنازلت عن أى من حقوقها ومصالحها الناشئة عن العقد على وجه مخالف لما تم الاتفاق عليه. أو إذا صدر حكم بشهر افلاسها من المحكمة المختصة. أو إذا امتنعت عن تنفيذ حكم قضائى صادر عن محاكم الدولة. أو إذا استخرجت عمدا دون ترخيص من الحكومة أى معادن خلاف البترول وذلك باستثناء ما لايمكن تجنب استخراجه نتيجة العمليات التى تقوم بها وفقا للعقد(٢).

---

(١) من ذلك ما نصت عليه المادة (٢٦) من العقد المبرم بين العراق وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ من أنه «يترتب على كل خرق فى أحكام هذا الاتفاق عقوبة غرامة تعين بالاتفاق أو وفقا للمادة ٣٩ من هذا الاتفاق، ويستثنى من ذلك ما يناقض هذه المادة من أحكام المواد ٤، د، د١، د٢ من هذا الاتفاق». وطبقا للمادة (٤، د) من هذا العقد، واللتان تتعلقان بعمليات البحث والتنقيب، يصبح العقد لاغيا وباطلا فى حالة عدم امتثال الشركة بالقيام بأعمال البحث والتنقيب فى المواعيد المنصوص عليها فى هاتين المادتين. وطبقا للمادة (د١) يحق للحكومة أن تلغى العقد إذا تأخرت الشركة عن دفع المستحقات المالية الواجب أداؤها للحكومة وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد. وطبقا للمادة (د٢) يحق للحكومة إلغاء العقد إذا تنازلت الشركة عن حقوقها إلى شخص أو شركة على نحو مخالف لما هو منصوص عليه فى العقد. وفى نفس المعنى أيضا العقد المبرم بين العراق وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨ (م ٢٨). راجع فى هذين العقدين، د. محمد لبيب شنير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٢٧٢ ومابعدها، ص ٢٠٦ ومابعدها.

(٢) راجع على سبيل المثال: عقد استغلال منطقة رأس غارب بين الحكومة المصرية والشركة الانجليزية المصرية لآبار الزيوت عام ١٩٣٨ (البند ٢٢)، عقد استغلال منطقة سدر بين الحكومة المصرية وشركة الأنجلو إجشيان أويل عام ١٩٤٨ (البند ٢٢). د. محمد لبيب شنير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٤١٢ ومابعدها، ص ٤٢٤ ومابعدها. وراجع أيضا العقود المبرمة بين مصر والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٢ (م ٢٧)، وشركة فيليبس عام ١٩٦٢ (م د٤)، وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٤ (م ٢٧). المرجع السابق ص ٦٨٨ ومابعدها، ص ٨١١ ومابعدها، ص ١٠٣٦ ومابعدها. ولقد سارت على النهج عقود اقتسام الإنتاج.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا المسلك الذى اتبعته هذه الطائفة الأخيرة من العقود. حيث يبدو لنا أنه إذا كان من غير المنطقى منح الدولة الحق فى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وفى أى وقت تشاء، فإنه من غير المعقول أيضا أن ندع الشركة تتلاعب فى القيام بواجباتها والتزاماتها التى يفرضها عليها العقد، دون أن نعطى للدولة المتعاقدة الحق فى الغاء العقد أو إنهائه. إن تقرير حق الدولة فى إنهاء العقد فى حالة تقصير الشركة المتعاقدة فى أداء التزاماتها أو مخالفتها لأحكام العقد يحقق نوعا من التوازن فى الحقوق والالتزامات بين الدولة والشركة المتعاقدة، خصوصا وأن هذه الأخيرة لها الحق فى انهاء العقد فى أى وقت شاءت على نحو ما رأينا من قبل.

المبحث الثانى

أهم الشروط التعاقدية التى تتضمنها عقود البترول "شروط الثبات. وشروط عدم المساس"

تشتمل عقود البترول على العديد من الشروط. وتتنوع هذه الشروط بتنوع المسائل التى تتناولها. فمن هذه الشروط ما يعنى بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة. ومنها ما يعنى بكيفية تسوية المنازعات التى يمكن أن تثور بين الأطراف بمناسبة العقد المبرم بينهم. ويأتى شرط التحكيم على رأس هذه الشروط وأهمها. ومن هذه الشروط ما يعنى بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأخيرا، فإن من هذه الشروط ما يعنى بتوفير بعض الضمانات لصالح الشركة الأجنبية الخاصة الطرف فى العقد، ويسمى هذا النوع الأخير من الشروط بشروط الثبات التشريعى وشروط عدم المساس بالعقد.

ولما كنا قد عرضنا فيما سبق للشروط التعاقدية المتعلقة بحقوق والتزامات الأطراف وذلك عند التعرض لأهم الحقوق والالتزامات التى تنشأ عن عقود البترول، ولما كان التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البترول هو محل اهتمام هذه الدراسة، وبما أننا سوف نعرض

للشروط التعاقدية المتعلقة بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق عند دراسة مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع(١)، فإننا سنكتفى فى هذا المقام بالتعرف على النوع الأخير من الشروط والمسماة بشروط الثبات التشريعى وشروط عدم المساس بالعقد.

شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد(٢):

---

(١) راجع لاحقاً، ص ٧٤٠ ومابعدها.

(٢) حول هذه الشروط انظر بصفة خاصة:

Weil (P.): Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 299 etSS ; David (N.), les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Qustions d'un praticien, clunet, 1986, P. 79; Walde (T.), Stabilité du contrat, Règlement des litiges et Renégociation mécanismes en faveur d'une communauté d'intérêts dans la coopération international pour le développement des ressources minerales, Rev. Arb., 1981, P. 203; Mayer (P.), La neutralisation du pouvoir normatif de l'État Clunet, 1986, P. 5, Spéc. P. 34 etSS; N° 40 etSS; KHAN (Ph.), Contrats d'État et Nationalisation, Les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982, Clunet 1982, P. 844, Spéc, P.848 etSS; Jaquet (J.M.), L'État, opérateur du commerce international, clunet, 1989, P. 621, Spéc, P. 649 etss. No. 41 etss.; Riad (F.), Les contrats de développement et arbitrage international, Rev. Eg., Vol 42, 1986, P. 253, Spéc. P. 260 etss.; Ibrahim (Y.A.), Contrats internationaux d'État et responsabilité contractuelle au regard du droit international Public, Thèse, Nice, 1985, P. 157 etss.; Leboulanger (P.H.), Op. Cit., P. 91 etSS; Berlin (D.),Op. Cit., P. 187 etSS.

وفى الفقه المصرى انظر: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٩٥، ص ١١٦ ومابعدها، بند ٩٥ ومابعده؛ د. أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٩٠ ومابعدها، بند ٨٩ ومابعده؛ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ...، المرجع السابق، ص ٢٢٠ ومابعدها.

تحرص الشركات الأجنبية(١) التى تتعاقد مع الدول المنتجة للبترول، أو مؤسساتها العامة، على تضمين العقود المبرمة بينهم على نوعين من الشروط هما: شروط الثبات التشريعى، وشروط عدم المساس بالعقد.

ويرجع حرص الشركات الأجنبية المتعاقدة على ادراج هذه النوعية من الشروط إلى المخاوف التى تنتاب هذه الشركات من جراء المزايا السيادية التى تتمتع بها الدولة الطرف فى العقد. فالدولة بما لها من سلطة تشريعية يمكنها تعديل أو تغيير تشريعها على النحو الذى يؤدى إلى الإخلال بالتوازن التعاقدى الذى كان قائما عند إبرام العقد. كما أن الدولة بوصفها سلطة عامة يمكنها تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة(٢).

ونبين فيما يلى المقصود بشروط الثبات وشروط عدم المساس، ثم نعرض بعد ذلك للقيمة القانونية لهذه الشروط والآثار التى يمكن أن تترتب عليها، وذلك كل فى مطلب مستقل.

---

(١) وفى بعض الأحيان، تحرص الدول المضيفة ذاتها، من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، على النص صراحة فى تشريعها الداخلى على أنها تتعهد بعدم تعديل أو الغاء قوانينها النافذة عند التعاقد مع المستثمرين الأجانب. انظر: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ١١٨، بند ٩٨.

(٢) فى نفس المعنى راجع:

Riad (F.), les contrats de développement ... Op. Cit., P. 260.

وأيضا: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق ....، المرجع السابق، ص ١٨٨، بند ٩٧.

المطلب الأول

المقصود بشروط الثبات وشروط عدم المساس

ونحدد أولا المقصود بشروط الثبات، ثم نحدد ثانيا المقصود بشروط عدم المساس.

أولا: المقصود بشروط الثبات:

يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذى تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أى تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذى تبرمه مع الشركة الأجنبية(١). فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية فى الدولة المضيفة فى علاقاتها مع الشركة الأجنبية المتعاقدة معها على الحالة التى كانت عليها فى تاريخ إبرام العقد بغية حماية هذه الشركة ضد المخاطر التشريعية L'aléa législatif التى تتمثل فى سلطة الدولة فى تعديل إقتصاديات العقد وذلك من خلال تغيير تشريعها الواجب التطبيق سواء بوصفه القانون الذى يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضرورى(٢).

هذا وتتخذ شروط الثبات أشكالا متنوعة: فقد تكون هذه الشروط شروطا عامة Générales تهدف إلى تجميد كل القواعد القانونية النافذة فى الدولة المتعاقدة، وإلى عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد. وقد تكون هذه الشروط شروطا خاصة Particulières تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات النافذة أو المستقبلية فى الدولة المتعاقدة كالتشريعات المتعلقة بالجمارك أو الضرائب ... الخ. كما أن هذه الشروط قد تكون مطلقة Absolues وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أى

---

(١) انظر:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 92, No. 179.

(٢) راجع:

Kahn, (Ph.), Contrats d'État et Nationalisation ... Op. Cit., P.P. 848 - 849.

قانون جديد صادر منها على العقد. وقد تكون نسبية Relatives وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التى من شأنها الإضرار بالمتعاقد الخاص الأجنبى(١).

ومن أمثلة شروط الثبات التى تضمنتها عقود البترول المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية يمكن أن نذكر ما نصت عليه المادة (٤١) من العقد المبرم بين L'Equateur وشركة Texaco Petroleum والموقع فى ٢١ فبراير سنة ١٩٦٤ من أنه «يلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية وقت التوقيع على العقد. تلك القوانين التى أدمجت نصوصها فى العقد. وتتولى حكم العمليات التى تتم بين الأطراف فى أى مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمه»(٢). كذلك أيضا ما نصت عليه المادة الرابعة من العقد المبرم بين موريتانيا وشركة Texaco Mouritanie الموقع فى أول يناير سنة ١٩٧١ من أن «١- تضمن الحكومة للشركة، طوال مدة الاتفاق الحالى، ثبات الشروط العامة القانونية والإقتصادية والمالية والضريبية التى تمارس الشركة نشاطها فى إطارها، كما هى مستمدة من التشريع والقواعد النافذة فى تاريخ التوقيع على هذا الإتفاق ... ٢- إن قانون التعدين الذى تم تثبيته طوال مدة سريان هذا الاتفاق تم إدراج نصوصه ضمن قائمة النصوص الواردة فى الملحق رقم (١) المرفق بهذا العقد ويعد جزءا لا يتجزأ منه .... ٤- تتعهد الحكومة طوال مدة هذا

---

(١) راجع:

Riad (F.). Les contrats de développoment, ... Op. Cit., P. 261.

وراجع أيضا:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 93, No. 181. Ibrahim (Y.A.), Op. Cit., P.P. 158 - 159.

(٢) انظر: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ٢٢٢، وانظر فى هذا النص بالإنجليزية:

Berlin (D.), Op. Cit., P. 190.

الاتفاق تجاه الشركة بعدم تطبيق أو إصدار أى تشريع يتضمن بطريق مباشر أو غير مباشر تعديلا لا يتفق مع النصوص التشريعية النافذة فى تاريخ إبرام هذا الاتفاق ...»(١).

وكذلك أيضا نص المادة (١٥) من العقد المبرم بين الكاميروز وإحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله، حيث نصت على أنه «لا يمكن أن تطبق على الشركة، بدون موافقتها المسبقة، التعديلات التى تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد، خلال مدة الاتفاق»(٢).

ثانيا: المقصود بشروط عدم المساس:

Les clauses d'intangibilité

يقصد بشرط عدم المساس ذلك الشرط الذى تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، دون رضاء الطرف الآخر، مستخدمة فى ذلك إمتيازات السلطة العامة التى يعترف لها بها قانونها الوطنى(٣). فشرط عدم المساس يهدف إلى منع أى تعديل للعقد من قبل الدولة المتعاقدة بإرادتها المنفردة من أجل حماية الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة ضد المخاطر الإدارية L'aléa administratif، والتى تتمثل فى حق الإدارة، فى بعض الأنظمة القانونية، فى تعديل شروط العقد الذى تكون طرفا فيه بإرادتها المنفردة(٤).

---

(١) انظر فى هذا النص:

IBrahim (Y.A.), Op. Cit., PP. 159 - 160.

(٢) انظر مع المزيد من الأمثلة: د. أحمد عبدالكريم سلامه، المرجع السابق، ص ص ٩٢ - ٩٤، بند ٩٤.

(٣) انظر:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., PP. 92 - 93, No. 179.

(٤) انظر:

Kahn (Ph.), Contrats d'État et nationalisation, ... Op. Cit. P. 849.

وتتضمن عقود البترول غالبا شرطا من شروط عدم المساس بالعقد. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، المادة (٤١) من العقد المبرم بين إيران ومجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم فى أول أكتوبر عام ١٩٥٤، حيث نصت على أن «ب- لا يمكن لأى إجراء تشريعى عام أو خاص، أو أى إجراء إدارى أو أى تصرف آخر أيا كان نوعه صادر عن إيران أو أى سلطة حكومية فى إيران (سواء مركزية أو محلية) أن يلغى هذا الاتفاق أو يعدل نصوصه أو يمنع أو يحول دون التنفيذ الضرورى والفعال لبنوده. إن الغاء الاتفاق أو تعديله لا يتم إلا برضاء الأطراف»(١).

ومن ذلك أيضا المادة (٢١) من العقد المبرم فى ٢١ ديسمبر عام ١٩٦٧ بين المؤسسة السعودية العامة «بترومين» وشركة اجيب الإيطالية، حيث نصت على أن «يكون هذا العقد اتفاقا باتا وملزما فيما بين الطرفين وذلك بمجرد توقيع الطرفين عليه ولا يجوز تعديله أو تغييره إلا بموافقة الطرفين خطيا بالتراضى فيما بينهما»(٢).

وكذلك أيضا المادة (٣٠) من العقد المبرم فى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٦٣ بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان، حيث نصت على أن «ب - حقوق والتزامات المؤسسة وبان أمريكان والحكومة الواردة فى هذه الاتفاقية والسارية طوال أجلها، تكون

---

(١) انظر هذا النص فى: Rev. Arb., 1956, P. 64. وقد ورد نفس الشرط فى المادة (٢٨/٢) من العقدين المبرمين بين الشركة الوطنية الايرانية للبترول (نيوك) وشركة سافير سنة ١٩٥٨، وبينها وبين شركة بان أمريكان سنة ١٩٥٨، راجع فى هذين النصين:

Logie (J.), Les contrats pétroliers iranians, R.B.D.I., 1965, P. 392, Spéc., P. 400.

(٢) انظر فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٢٠٠ ومابعدها، خصوصا ص ١٢٣٢. ومن أمثلة ذلك أيضا المادة (٢١) من العقد المبرم بين المؤسسة السعودية «بترومين» وشركة سانكلير وناتومس وباكستان فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦٧، انظر فى هذا العقد، المرجع المذكور، ص ١٢٩٠ ومابعدها خصوصا ص ١٤٤٠.

خاضعة لأحكام هذه الاتفاقية وطبقا لها ولا يمكن تعديلها أو تغييرها إلا باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة»(١).

وعلى الرغم من أن شروط الثبات التشريعى تختلف من الناحية النظرية عن شروط عدم المساس بالعقد على النحو السابق بيانه، مع ذلك فإن التفرقة بينهما قد تبدو أقل وضوحا من الناحية العملية. فشروط الثبات التشريعى تهدف فى نهاية الأمر إلى عدم المساس بالعقد مادام أنها تستبعد تطبيق القواعد التشريعية الجديدة على العقد. كما أن شروط الثبات ذاتها لا تحقق الأمان القانونى إلا إذا كان من غير الممكن المساس بها. ولذلك فإن المشكلة التى تثور بالنسبة لكلا النوعين من الشروط تظل واحدة. وهى إلى أى مدى يمكن للدولة تعديل العقد الذى تكون طرفا فيه سواء مباشرة أو بطريق غير مباشر من خلال تعديل التشريع الواجب التطبيق على العقد؟(٢).

---

(١) انظر فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٦٨٨ ومابعدها، خصوصا ص ٧٥٤. ولقد جرى العمل على إدراج مثل هذا النص فى عقود المشاركة، وكذلك عقود اقتسام الإنتاج، التى تبرمها مصر مع الشركات الأجنبية.

(٢) انظر:

Kahn, Ph.), Contrats d'État et nationalisation ... Op. Cit., P. 849.

وفى نفس المعنى راجع:

Jacquet (J.N.), Op. Cit., P. 650,

حيث يقول:

«Avrai dire, la clause de stabilisation rejoint ici la clause d'intangibilité puisque son champ d'application s'étend `a toute les mesures, ycompris de pures mesures de puissance publique, pouvant être prises par l'État et susceptibles de porter atteinte au contrat».

وراجع أيضا:

David (N.), ... Op. Cit., P. 80.

حيث يقول:

«Nous retiendrons une définition large des clauses de -

إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على مدى الاعتراف بصحة شروط الثبات وشروط عدم المساس ومدى فعاليتها والآثار التى يمكن أن تترتب عليها. وهذه هى المسألة التى نعرض لها الآن.

المطلب الثانى

مدى صحة شروط الثبات وشروط عدم المساس والآثار التى يمكن أن تترتب عليها

تعرض الفقة لمسألة القيمة القانونية لشروط الثبات وعدم المساس والآثار التى تترتب عليها، كما عرضت هذه المسألة على محاكم التحكيم التى شكلت للفصل فى المنازعات التى نشأت بين بعض الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها وذلك بمناسبة العقود المبرمة بينهم. ونعرض فيما يلى لموقف كل من الفقه وأحكام التحكيم من هذه المسألة.

أولا: موقف الفقه:

أثارت مسألة القيمة القانونية لشروط الثبات وعدم المساس والآثار التى تترتب عليها خلافا كبيرا فى الفقه. ويمكن التمييز فى هذا الخصوص بين ثلاثة إتجاهات رئيسية، وذلك على النحو التالى:

الاتجاه الأول:

وفقا لهذا الاتجاه تعتبر شروط الثبات وعدم المساس المدرجة فى العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، بما فى ذلك عقود البترول، شروطا صحيحة ومنتجة لكافة آثارها وهى عدم جواز قيام الدولة المتعاقدة

- stabilité entendant par là toute dispositon ... par laquelle le partenaire étatique s'engage à l'égard de son contractant étranger à ne pas modifier unilatérlement le contrat lui - même ou certaines règles qui lui sont applicables».

بانهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة أو إحداث أى تغييرات أو تعديلات فى قوانينها يكون من شأنها المساس بشروط العقد، إلا فى الحالات المنصوص عليها بموجب العقد ذاته إما عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو تعديله أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانونى يسمح بذلك.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذه الشروط تعد شروطا صحيحة فى حد ذاتها استقلالا عن كل نظام قانونى وذلك باعتبارها من القواعد الموضوعية فى القانون الدولى الخاص أو القواعد المادية ذات التطبيق المباشر. فشروط الثبات وعدم المساس شأنها فى ذلك شأن شروط التحكيم المدرجة فى العقود الدولية. فكما أن هذه الشروط الأخيرة تم الاعتراف لها بالاستقلال والذاتية عن العقود التى ترد فيها، وذلك استقلالا عن كل نظام قانونى وطنى، فكذلك الشأن بالنسبة لشروط الثبات وعدم المساس(١).

بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد من عدة أوجه: فمن ناحية، فإن شروط الثبات التشريعى تؤدى فى نهاية الأمر إلى إفلات العقد من الخضوع لأى قانون(٢). ومن ناحية أخرى، فإن هذه الشروط، إذا أخذنا فى الاعتبار أن من خصائص عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية أنها تستغرق سنوات عديدة، تلزم الدولة بالإبقاء طوال سنوات العقد على مجموعة من النظم الغريبة Des ilôts de régime exorbitant ليس لها أدنى صلة بتشريعها السارى. كما أن إنكار حق الدولة فى تعديل بعض نصوصها التشريعية المثبتة Stabilisées بموجب شرط فى العقد، معناه

---

(١) انظر فى عرض هذا الاتجاه:

Kahn (Ph.), Contrats d'État et Nationalisaion ... Op. Cit., PP. 849 - 850.

وانظر مع المزيد من التفاصيل أيضا، د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ...، المرجع السابق، ص ٢٤٤ ومابعدها.

(٢) راجع: Berlin (D.), Op. Cit., P. 213. وأيضا: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٥، بند ١٤٤؛ وأيضا: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ...، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

إلــزام هذه الدولة باتباع سياسة الجمود أو التحجر القانونـى l'immobilisme juridique، وهو ما يتنافى بالطبع مع دور الدولة فى تطوير قانونها بما يتوائم مع الظروف الجديدة(١).

ومن ناحية ثالثة فإن هذا الاتجاه يعيبه أنه يقوم على افتراض يحتاج إلى إثبات، حيث أنه يقيس استقلالية شروط الثبات على استقلالية شروط التحكيم. وإذا كان مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه يعد مبدأ مسلما به اليوم فى مجال التحكيم الدولى الخاص، فإن الإدعاء باستقلالية شروط الثبات يحتاج إلى إقامة الدليل عليه وهو مالم يفعله أصحاب هذا الاتجاه(٢).

فضلا عن ذلك، فإن الاعتبارات التى دعت إلى الاعتراف لشروط التحكيم بالاستقلالية عن العقود المدرجة بها لا تتوافر بشأن شروط الثبات، وذلك يرجع بصفة رئيسية لاختلاف مجال كل منهما. فالاعتراف باستقلالية شروط التحكيم فى العقود الدولية، على الأقل فى عقود الدولة، كان الهدف منه التمييز بين الدولة المتعاقدة، بوصفها تنجز عملا من أعمال الإدارة Jure Gestionis، والدولة كسلطة عامة Puissance Publique والتى لا يجوز لها بموجب أعمال السلطة Actes d'autorité أن تمس الالتزامات التى وقعت عليها بوصفها دولة متعاقدة. فى المقابل، فإن الاعتراف باستقلالية شروط الثبات يكون الهدف منه المساس باختصاص سيادى للدولة كسلطة عامة. هذا الاختصاص الذى يسعى الطرف الأجنبى المتعاقد مع الدولة إلى الإستفادة منه. فالمتعاقد مع الدولة، (على عكس الفرض المتعلق بشرط التحكيم)، لا يرغب فى الغالب الأعم فى التعاقد مع الدولة بوصفها تنجز عملا من أعمال الإدارة، بل على انعكس

(١) راجع: Berlin (D.), Op. Cit., P. 213؛ وأيضا: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٢) انظر، د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

يرغب فى الاستفادة من امتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها الدولة كالامتيازات المتعلقة بالضرائب أو الجمارك أو النقد(١).

وبالإضافة إلى كل ما تقدم، يرى بعض الفقهاء(٢)، أن شروط الثبات التشريعى تخالف الأصول الفنية المتبعة فى مجال القانون الدولى الخاص لحل تنازع القوانين. حيث أن الاعتراف بشروط الثبات معناه الاعتراف للأطراف بالحق أو السلطة فى تحديد حالات سريان القانون واجب التطبيق على العقد، وهو ما يتنافى مع الأصول الفنية المتبعة لحل تنازع القوانين من حيث الزمان، لأن الذى يملك ذلك الحق أو تلك السلطة ليس الأطراف بل مشرع الدولة الصادر عنها القانون واجب التطبيق على العقد. وعلى هذا، فإنه يجب الرجوع إلى هذا القانون ذاته فهو الذى يتولى تحديد نطاق سريانه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى إذا كان من المسلم به فى القانون الدولى الخاص أن لإرادة الأطراف الحق فى اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، بيد أن دور هذه الإرادة يتوقف عند هذا الحد، ثم يتولى القاضى تطبيق القانون واجب التطبيق. وفى هذا الخصوص لا دور مطلقا لإرادة الأطراف.

وإلى جانب هذا الاتجاه الأول المدافع عن شروط الثبات وعدم المساس، ذهب جانب أخر من الفقه إلى إنكار كل قيمة قانونية لهذه الشروط وهذا هو الاتجاه الذى سنعرض له الآن.

الاتجاه الثاني:

طبقا لهذا الاتجاه فإن شروط الثبات التشريعى وعدم المساس بالعقد المدرجة فى العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية، بما فى ذلك بالطبع عقود البترول، ليس لها أية قيمة قانونية ولا يترتب عليها أي أثر. فهذه الشروط عبارة عن شروط

---

(١) راجع فى ذلك: Berlin (D.), Op. Cit., PP. 213 - 214.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد عبدالكريم سلامه، المرجع السابق، ص ١١٢ ومابعدها، بند ١١٨ ومابعده.

تعاقدية شأنها فى ذلك شأن بقية الشروط الأخرى التى يتضمنها العقد. ومن ثم فإن هذه الشروط ليس لها قوة ملزمة أكثر من العقد نفسه الذى يتضمنها. وبالتالى فإن شروط الثبات وعدم المساس تخضع بدورها للسلطة السيادية للدولة au pouvoir souverain de l'État مثلها فى ذلك مثل بقية الشروط التعاقدية الأخرى التى يتضمنها العقد. هذا بالإضافة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتخلى عن حقها السيادى كمشرع Son droit souverain de législateur. كما لا يجوز لها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها والتى لا غنى لها عنها للقيام بالمهام المكلفة بها(١). وبناء عليه، وفقا لهذا الاتجاه فإن من حق الدولة التدخل إما لإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وذلك بصرف النظر عن تضمن هذا العقد لشروط الثبات أو عدم المساس. فهذه الشروط لا تشكل قيدا على سيادة الدولة فى إنهاء هذه العقود أو تعديلها(٢).

بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض بدوره للنقد، فقد ذهب جانب من الفقه(٣) الى القول بأنه يبدو من الصعب فى الحقيقة رفض كل قيمة قانونية للتعهد الصادر عن الدولة بعدم المساس بحقوق والتزامات الطرف المتعاقد معها. فإذا كان الأطراف يدرجون عادة شروط الثبات وعدم المساس فى العقود التى يبرمونها، فإن ذلك بكل وضوح لأنهم يقدرون أن هذه الشروط تعد صحيحة وفعالة فى آن واحد، ولا يعتبرونها عديمة الجدوى

---

(١) انظر فى ذلك: -

Weil (P.), Problèmes relatifs ... P. 232.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٣٥٢ ومابعدها.

(٣) انظر:

Weil (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., PP. 232 - 233.

Inopérantes. إن الدولة التى توافق على إدراج مثل هذه الشروط فى العقود التى تبرمها مع الأشخاص الأجنبية مع إيمانها بأن هذه الشروط لن يكون لها أدنى أثر على ممارسة سلطاتها السيادية تخالف بكل وضوح مبدأ حسن النية. كما أن القول بأن هذه الشروط لا يكون لها قوة ملزمة أكثر من العقد ذاته الواردة فيه يعد تلاعبا بالإلفاظ Jouer sur les mots. فشروط الثبات وعدم المساس تعتبر من الشروط الأساسية التى لا يجوز للدولة المساس بها شأنها فى ذلك شأن شروط التحكيم. وفى معظم الأحيان، فإن المتعاقد الأجنبى لم يكن ليقبل التعاقد مع الدولة إلا لأنه قد أخذ بعين الاعتبار شرط الثبات الذى بنى عليه أماله. فالمتعاقد الأجنبى عندما يصر على إدراج هذا الشرط فذلك لأن الحق فى التعويض المقرر له فى حالة ممارسة الدولة لسلطتها السيادية لا يبدو له كافيا وأنه يطمع فى المزيد من الحماية.

وفيما يتعلق بالادعاء بأن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة سلطاتها السيادية، فإن ذلك ربما يكون صحيحا بالنظر إلى القانون الداخلى لهذه الدولة. وليس كذلك بالنظر إلى القانون الدولى. فالدولة يمكنها أن تحد من بعض امتيازاتها التى تتمتع بها بطريق المعاهدة وكذلك أيضا عن طريق العقد(١)..

(١) ومن الجدير بالذكر أن المملكة المتحدة قد عبرت عن هذا الرأى فى المذكرة التى قدمتها أمام محكمة العدل الدولية فى قضية الشركة الأنجلو إيرانية ضد إيران. فطبقا لوجهة نظر الحكومة البريطانية، فإن هناك تفرقة أساسية يتعين الأخذ بها بين الامتياز العادى والامتياز الذى تتنازل فيه الدولة صراحة عن سلطتها فى فسخ الامتياز بموجب عمل سيادى من جانبها. وفى الحالة الأولى، يعرف المتعاقد الأجنبى أن الدولة بإمكانها أن تضع نهاية للامتياز قبل الميعاد المتفق عليه فى مقابل الحصول على التعويض المقرر وفقا للقانون الدولى. وفى الحالة الثانية، على العكس فإن المتعاقد الأجنبى يقدر أنه ليس هناك ما يضع نهاية للامتياز قبل أوانه، وأنه على أساس الوفاء بهذا التعهد يقوم باستثمارات هامة طويلة المدة. وعلى ذلك، فعلى الرغم من أن العقد يخضع طبيعيا للتدخل الانفرادى والسيادى من قبل الدولة، فى مقابل الحصول على التعويض، فإن إدراج شرط الثبات يجعل هذا التدخل غير مشروع Illicite فى كل الأحوال بما فى ذلك الحالات التى يكون فيها هذا التدخل مشروعا عند تخلف مثل هذا الشرط. راجع فى ذلك:

Weil (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 233.

وإلى جانب كلا من هذين الاتجاهين السابق عرضهما، ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع شروط الثبات وعدم المساس إلى النظام القانوني الذي يستند إليه العقد. وهو الاتجاه الذي سنعرض له الآن.

الاتجاه الثالث:

ذهب جانب من الفقه(١) إلى القول بخضوع شروط الثبات وعدم المساس من حيث صحتها وقيمتها القانونية إلى النظام القانوني الذي يستند إليه العقد. ولا يقصد بهذا النظام القانوني، القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الموضوع، ولكن يقصد بذلك النظام القانوني الذي يستمد منه العقد صحته والذي يحدد القواعد واجبة التطبيق على موضوع العقد. وهذا النظام القانوني إما أن يكون النظام القانوني للدولة المتعاقدة، أو أن يكون النظام القانوني الدولي، حسب الشروط التي تحدد القانون واجب التطبيق التي يتضمنها العقد. وعلى هذا النحو فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين. الفرض الأول وهو الذي يتم فيه إسناد العقد إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة ويكون خاضعا من حيث الموضوع لقواعد هذا القانون، وخصوصا قاعدة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة. ففي هذا الفرض فإن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الذي يختص بتحديد ما إذا كانت هذه الشروط صحيحة أم أنه يجب اعتبارها كأن لم تكن. والقول بغير ذلك يعني في الواقع إستبعاد هذه الشروط من الخضوع للقانون الداخلي الذي يخضع له

---

(١) راجع في عرض هذا الاتجاه:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 95 ets. No. 184. ets.

وأيضا: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ٢٦٨ ومابعدها.

العقد فى مجموعه وهو ما لا يمكن قبوله. فليس هناك ما يدعوا إلى إفلات هذه الشروط التعاقدية وحدها من الخضوع للقانون الذى يحكم العقد بأكمله.

ويترتب على خضوع شروط الثبات للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة اختلاف الآثار القانونية التى تترتب عليها من قانون وطنى لآخر. فهناك أنظمة قانونية تجيز هذه الشروط وتعتبرها صحيحة، وهناك أنظمة قانونية أخرى تحظر هذه الشروط وتعتبرها باطلة. وفى الحالة التى يحظر فيها القانون الداخلى إدراج مثل هذه الشروط، فإن هذه الشروط تعتبر باطلة ولا يترتب على مخالفتها من قبل الدولة أية مسئولية تجاه الطرف الآخر. ومع ذلك، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عدم مراعاة الدولة لشروط الثبات الواردة فى العقد. إستنادا إلى قانونها الوطنى الذى يحظر إدراج مثل هذه الشروط، يمكن أن يعتبر عمل غير مشروع ويؤدى بالتالى إلى إثارة مسئوليتها الدولية تجاه الدولة التى ينتمى إليها الطرف الآخر. وتنعقد هذه المسئولية بناء على سوء نية الدولة mauvaise Foi التى قبلت إدراج شرط الثبات فى العقد مع علمها بأن قانونها الوطنى يحظر عليها ذلك أو بالإستناد إلى فكرة الإهمال المقصود La négligence intentionnelle.

الفرض الثانى وهو الذى يتم فيه إسناد العقد إلى النظام القانونى الدولى. ويتحقق هذا الفرض عندما تتفق الأطراف المتعاقدة على إخضاع العقد للنظام القانونى الدولى وذلك على الرغم من كون هذا العقد يخضع جزئيا للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة.

وفى هذا الفرض، فإن شروط الثبات تعتبر صحيحة ومنتجة لكافة آثارها. ومن ثم يكون من حق الأطراف أن يتفقوا على إخضاع العقد المبرم

بينهم إلى تشريع الدولة المتعاقدة النافذ وقت إبرام العقد. فشرط الثبات يؤدى إلى تقويض القرينة Présomption التى مفادها أن القانون الجديد يكون ذو تطبيق فورى ومباشر d'application immédiate. فهذه القرينة مجرد قرينة بسيطة ويجوز للأطراف الاتفاق على عكس ما تقضى به.

خلاصة القول إن صحة شرط الثبات فى هذا الفرض تعد نتيجة مترتبة على تدويل العقد L'internationalisation du contrat. ولا يتضمن هذا الشرط أى تنازل من قبل الدولة المتعاقدة عن ممارسة اختصاصها التشريعى، ويتمتع بقوة ملزمة، ويترتب على مخالفته من قبل الدولة المتعاقدة إثارة مسئوليتها.

وعلى الرغم مما يتميز به هذا الاتجاه من محاولة إيجاد حل وسط لمشكلة القيمة القانونية لشروط الثبات والآثار التى تترتب عليها، حيث يوفق بين الاتجاهين المتعارضين السالف الاشارة إليهما، وذلك بربط هذه المشكلة بالنظام القانونى الذى يحكم العقد، بيد أن هذا الاتجاه لم يكن فى منأى عن النقد. فهذا الاتجاه يستند على إقامة التفرقة بين النظام القانونى الذى يستند إليه العقد ويستمد منه صحته وقوته الملزمة، والقانون واجب التطبيق على العقد. وهذه التفرقة مصطنعة وعديمة الفائدة من الناحية العملية(١). فلو أن العقد المبرم بين الدولة والشخص الأجنبى أشار إلى تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة، فإن هذا العقد لا يخضع فقط من حيث الموضوع للقواعد القانونية التى يتضمنها هذا القانون، بل يندرج كلية تحت سلطان هذا القانون بحيث أن كل تغيير أو تعديل لهذا القانون يكون واجب التطبيق عليه بشكل تلقائى ipso facto. ومن ثم يتعين الرجوع

---

(١) سوف نعرض للتفرقة بين فكرة النظام القانونى الأساسى والقانون واجب التطبيق والإنتقادات التى وجهت إليها عند بحث مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وخصوصا عند عرض الاتجاه الذى نادى بتطبيق القانون الدولى استنادا إلى هذه التفرقة، أنظر لاحقا ص ٦٢٩ ومابعدها.

فى هذا الفرض إلى القانون الوطنى للدولة المتعاقدة لتحديد ما إذا كان شرط الثبات الوارد فى العقد صحيحا أم لا(١). ولا يختلف هذا الحل بالضرورة فى حالة العقد المدول internationalisé. فقبول الدولة المتعاقدة خضوع العقد الذى تكون طرفا فيه للقانون الدولى، على فرض تضمينه قواعد قانونية تنظم هذه العقود، أو للمبادىء العامة للقانون لا يعنى مطلقا أن قانونها الوطنى أصبح مستبعدا على نحو كامل. فمن ناحية، إن الواقع العملى لا يمدنا إلا بحالات نادرة يتم فيها تدويل العقد على نحو كامل. ومن ناحية أخرى، فإن إخضاع العقد للنظام القانونى الدولى ليس من شأنه تجريد الدولة من الامتيازات التى تتمتع بها كدولة لصالح الطرف الأجنبى المتعاقد معها. فشروط الثبات لا تؤدى إلى إنتزاع extraire العقد كلية من السياق الطبيعى له Son contexte original. فتثبيت نصوص القانون الوطنى واجب التطبيق على العقد لا يرفع العقد إلى مرتبة أعلى من القانون الذى يحكمه(٢).

وعلى الرغم من الانتقادات التى وجهت إلى هذا الاتجاه، إلا أنه قد لاقى تطبيقا عمليا له من قبل بعض أحكام التحكيم، على نحو ما سنرى فى الصفحات التالية.

ثانيا: موقف أحكام التحكيم:

لقد أثيرت مسألة صحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار المترتبة عليها أمام محاكم التحكيم التى شكلت للفصل فى المنازعات التى ثارت بين الدول المنتجة للبترول والشركات الخاصة الأجنبية العاملة فى هذا المجال بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم.

---

(١) انظر:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 97, No. 186.

(٢) راجع:

Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 97, No. 187.

ويعتبر حكم تحكيم تكساكو "Texaco"، وليامكو "Liamco"، واجيب "Agip"، وأمنيزيل "Aminoil"، من أهم أحكام التحكيم التى عرضت لهذه المسألة. ولذا نعرض فيما يلى لهذه الأحكام تباعا.

١ - حكم تحكيم تكساكو الصادر فى ١٩ يناير لسنة ١٩٧٧(١):

وتتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم فى أن الحكومة الليبية قد أبرمت فى الفترة من ديسمبر سنة ١٩٥٥ وحتى أبريل سنة ١٩٧١ بعض عقود امتياز البترول مع الشركتين الأمريكيتين:

California Asiatic oil company et texaco overseas petroleum company.

---

(١) انظر الحكم منشور فى: Clunet, 1977, P. 350 etss.

وفى التعليق عليه راجع:

Lalive (J.F.): Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernememt et deux sociétés privées étrangères (Arbitrage texaco - calasiatic C/Gouvernement libyen), clunet, 1977, P. 319; Rigaux (F.): Des dieux et des heros, Réflexions sur une sentence arbitrale, Rev. Crit., 1978, P. 435; Jonathan (G.C.): L'arbitrage texaco - calasiatic contre gouvernement libyen (Sentence au fond du 19 Janvier 1977), A.F.D.I., 1977, P. 452; Stern (B.): Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. les Nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international, Rev. Arb., 1980, P. 3; Verhoeven (J.), Droit international des Contrats et droit des gens (Apropos la sentence rendue le 19 Janvier 1977 en L'affaire california asiatic oil company et texaco overseas oil company C/État libyen), R.B.D.I., 1978-79, P. 209.

بيد أنه فى أول سبتمبر سنة ١٩٧٣، أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ بتأميم ٥١٪ من كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين المذكورتين. ثم أصدرت الحكومة فى ١١ فبراير لسنة ١٩٧٤ القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٤ بتأميم كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين سالفتى الذكر. ولقد أخطرت هاتان الشركتان الحكومة الليبية فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٧٣ بعزمهما على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الناشىء بينهما وذلك إعمالا لنص المادة ٢٨ من عقود الامتياز المبرمة بينهما وبين الحكومة.

ولما امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكمها ورفضت اللجوء إلى التحكيم، توجهت الشركتان إلى رئيس محكمة العدل الدولية - طبقا لشرط التحكيم الوارد فى المادة ٢٨ سالفة الذكر - من أجل تعيين محكم وحيد للفصل فى النزاع الناشىء بينهما وبين الحكومة، والذى قام بتعيين الأستاذ الفرنسى Dupuy كمحكم وحيد للفصل فى هذا النزاع.

ولقد تعرض المحكم للعديد من المسائل القانونية الهامة، منها مسألة صحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار المترتبة عليها وخصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط فى العقد على حق الدولة فى اتخاذ إجراءات التأميم.

وفى هذا الصدد، بدأ المحكم بالتأكيد على أن حق الدولة فى إتخاذ إجراءات التأميم لم يعد اليوم محل نقاش وأنه يعد تعبيرا عن سيادتها. بيد أنه تساءل عما إذا كانت ممارسة الدولة لهذا الحق لا تعرف أية قيود على الصعيد الدولى، وعما إذا كان الحق فى التأميم على وجه الخصوص، والذى يعد تعبيرا عن سيادة الدولة، يخول لها الإخلال بالتزاماتها الدولية التى تعهدت بها فى إطار هذه السيادة.

ولقد أجاب المحكم بأن القانون الدولى يعترف بإجراءات التأميم سواء اتخذت فى مواجهة المواطنين أو فى مواجهة الأجانب الذين لم تتعهد الدولة قبلهم بأى التزام خاص يضمن لهم الإستمرار فى مراكزهم. ثم فرق بين فرضين:

أ - الفرض الذى تبرم فيه الدولة المؤممة مع الشركة الأجنبية عقدا يجد أساسه فى القانون الداخلى لهذه الدولة ويخضع له بالكامل. وفى هذا الفرض، فإن تسوية المركز الجديد الناشىء عن التأميم يخضع للنصوص القانونية واللائحية النافذة فى هذه الدولة.

ب - الفرض الذى تبرم فيه الدولة مع المتعاقد الأجنبى عقدا مدولا Internationalisé سواء لأنه يخضع للقانون الوطنى للدولة المضيفة، (باعتباره قانونا تمت الإحالة إليه)، المطبق فى تاريخ نفاذ العقد والمثبت Stabilisé فى هذا التاريخ ذاته بموجب شروط خاصة، أو لأن هذا العقد كان موضوعا مباشرة تحت سلطان القانون الدولى. وفى هذا الفرض فإن الوضع يختلف تماما عن الوضع فى الفرض السابق. فالدولة وضعت نفسها فى إطار النظام القانونى الدولى لكى تتعهد تجاه المتعاقد معها الأجنبى بضمان الأوضاع القانونية والاقتصادية خلال فترة زمنية معينة. وفى مقابل هذا التعهد، يلتزم الطرف الأجنبى بالقيام باستثمارات ضخمة وبعمليات اكتشاف واستغلال للموارد البترولية فى إقليم هذه الدولة متحملا كافة المخاطر الناجمة عن ذلك. وعلى هذا النحو فإن القرار الذى تتخذه الدولة بإجراء التأميم وإن كان يعتبر بمثابة ممارسة لاختصاص من القانون الداخلى بيد أنه يتضمن آثارا دولية منذ اللحظة التى تمس فيها إجراءات التأميم علاقة قانونية من علاقات القانون الدولى التى تعد الدولة المؤممة طرفا فيها(١).

وعلى ذلك فإن الدولة لا يمكنها التمسك بسيادتها من أجل التنكر للتعهدات التى وافقت عليها بحرية فى إطار هذه السيادة ذاتها، ولا يمكنها بالاستناد إلى إجراءات خاضعة لقانونها الداخلى وحده إهدار حقوق الطرف المتعاقد معها والذى قام بتنفيذ الالتزامات المتنوعة الملقاة على عاتقه بموجب العقد(٢).

---

(١) انظر الحكم: Clunet, 1977, P. 367 etSS, No. 59-62.

(٢) انظر: Ibid, P. 370, No. 68.

وفى ضوء هذه المبادىء، قدر المحكم أنه من المناسب إذن فحص ما إذا كانت إجراءات التأميم المتخذة من قبل الحكومة الليبية ضد الشركتين المدعيتين يمكنها أن تتجاهل تعهدا معينا من قبل الحكومة بعدم اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

ولقد أوضح المحكم عدم وجود أى شرط فى عقد الامتياز المبرم بواسطة الأطراف يحظر على الحكومة الليبية اللجوء إلى التأميم. ومع ذلك لاحظ المحكم أن هذا العقد يتضمن المادة (١٦) والتى تنص على أن «الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التى يخولها لها هذا الاتفاق. وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالى لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف. ويتم تفسير هذا الامتياز وفقا لقانون البترول واللوائح النافذة فى تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق ... وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها»(١).

ولقد ذهب المحكم إلى أن هذا النص الذى يهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد الأجنبى، لا يحمل من حيث المبدأ مساسا بسيادة الدولة الليبية ليس فقط لأن الدولة قد التزمت به بحرية، بل أيضا لأن هذا الشرط الذى يثبت النظام التشريعى واللائحى فى مجال البترول فى تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية واللائحية لدولة ليبيا. فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها فى إصدار القوانين واللوائح فى مجال البترول تجاه كل من المواطنين والأجانب على السواء، الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذا الالتزام. وينحصر دور المادة (١٦) فقط فى عدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية واللائحية فى مواجهة الأطراف الذين التزمت الحكومة تجاههم بمثل هذا التعهد طوال الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد. ومن ثم فإن التعديلات التى يمكن أن تنجم عن تبنى قوانين ولوائح جديدة لا يمكنها

---

(١) انظر: Ibid, PP. 370 - 371, No. 70.

المساس بحقوق هؤلاء الأطراف إلا بالموافقة المتبادلة من قبل كل من الطرفين. ولا يقال بذلك أن سيادة الدولة الليبية تعد ناقصة. بل الأمر بكل بساطة هو أن هذه الدولة قد أخذت على نفسها بمالها من سيادة مثل هذا الالتزام فى اتفاق دولى. طوال فترة تنفيذ هذا الاتفاق. والذى يعد بمثابة القانون المشترك للأطراف.

وهكذا، فإن الاعتراف بالتأميم من قبل القانون الدولى لا يكفى لتخويل الدولة الحق فى أن تتجاهل تعهداتها. إذ أن القانون الدولى ذاته يعترف أيضا للدولة بالقدرة على أن تتعهد دوليا بعدم مباشرة هذا الحق. وذلك بقبولها إدراج شرط ثبات فى عقد مبرم مع شخص خاص أجنبى(١).

---

(١) راجع الحكم: Clunet, 1977, P. 371, No. 71.

إذ يذكر الحكم:

«une telle disposition, qui a pour effet de stabiliser la situation du cocontractant, ne porte pas dans son principe, atteinte à la souveraineté de l'État libyen. non seulement celui - ci S'est enagé librement mais le fait que cette clause stabilisé le régime législatif et réglementaire pétrolier à la date de la signature de l'accord n'affecte pas dans son principe la souveraineté législative et réglementaire de la libye. celle-ci conserve ses prérogatives d'édicter des lois et règlments . matière pétrolière à l'égard de ceux, Nationaux u étrangers, avec lesquels elle n'a pas souscrit un .l engagement. l'article 16 se limite seulement à re... inopposables de tels actes aux cocontractants à l'égard desquels un tel engagement a été pris - durant la période prévue pour l'application du contrat. Les modifications, qui pourront résulter pour clui - ci de l'adoption de nouvelles lois ou règlements, devront pour l'atteindre obtenir l'accord mutuel des deux parties. il en Est ainsi, non parce que la souveraineté de la libye se trouverait réduite. Mais simplement en raison du fait que cet État S'est souverainement engagé dans un accord -

وترتيبا على ما تقدم، انتهى المحكم إلى أنه، بالنظر إلى القانون الدولى للعقود، فإن التأميم لا يمكن التمسك به ضد العقد المدول المبرم بين دولة وشخص خاص أجنبى ويتضمن شروطا للثبات(١).

٢ - حكم تحكيم ليامكو الصادر فى ١٢ أبريل سنة ١٩٧٧(٢):

لقد صدر هذا الحكم فى النزاع الذى نشأ بين الحكومة الليبية

- international qui, durant le temps prévu pour son application, est la commune loi des parties. ainsi, la reconnaissance par le droit international du droit `a Nationaliser ne suffit pas pour l'habiliter `a méconnaitre ses engagements puisque le même droit reconnait aussi la faculté pour un État de S'engager internationalement, Notamment en acceptant l'insertion de clauses de stabilisation dans un contrat conclu avce une partie privée étrangère».

(١) انظر الحكم: Clunet, 1977, P. 372, No. 73.

إذ يذكر الحكم:

«Ainsi, au regard du droit international des contrats, une Nationalisation ne Saurait prévaloir contre un Contrat internationalisé conclu entre un État et une entreprise privée étrangère et comportant des dispositions de stabilité».

(٢) راجع الحكم منشور موجز له فى:

Rev. Arb., 1980, P. 132 etss.

وفى التعليق عليه راجع:

Rambaud (P.), Un arbitrage pétrolier (la sentence liamco), A.F.D.I. 198, P. 274.; Lalive (J.F.): Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées, Développements récents, Recueil des cours, 1983, P. 83 etSS. P 83 etss.; Stern (B.): Trois arbitrages, un même problème ... Op. Cit., P. 3 etss.

والشركة الأمريكية المسماة «ليامكو» . Libyan American oil company (Liamco)، على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم ممتلكات ومصالح هذه الشركة بموجب قرارات التأميم الصادرة فى عامى ١٩٧٣، ١٩٧٤. فبموجب قرارات التأميم الصادرة فى أول سبتمبر عام ١٩٧٣ تم تأميم (٥١٪) من ممتلكات ومصالح الشركة، وبموجب قرارات التأميم الصادرة فى ١١ فبراير عام ١٩٧٤ تم تأميم باقى ممتلكات ومصالح هذه الشركة. ولما رفضت الحكومة الليبية المشاركة فى إجراءات التحكيم، وامتنعت عن تعيين محكمها، توجهت الشركة إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم وحيد للفصل فى هذا النزاع وذلك بالتطبيق لشرط التحكيم الوارد فى المادة (٢٨) من العقد المبرم بين الطرفين. ولقد قام بالفعل رئيس محكمة العدل الدولية بتعيين الأستاذ محمصانى "Mahmassani"، اللبنانى الجنسية كمحكم وحيد للفصل فى هذا النزاع. وبدأت إجراءات التحكيم فى ٢ يوليه عام ١٩٧٤ وأسفرت عن صدور حكم التحكيم المذكور فى ١٢ أبريل سنة ١٩٧٧.

وقد تعرض الحكم للعديد من المسائل القانونية منها المسألة محل البحث. ولقد ذهب المحكم إلى أن الشرط الوارد فى المادة (١٦) من العقد موضوع النزاع (والذى سبقت الإشارة إليه عند التعرض لحكم تحكيم تكساكو) يعد جزءا من الشروط المسماة بشروط الثبات وعدم المساس، تلك الشروط المعترف بقوتها الملزمة فى القانون الدولى. بالإضافة إلى ذلك فإن الشرط الوارد فى المادة (١٦) له ما يبرره ليس فقط وفقا لتشريع البترول الليبى بل أيضا طبقا لمبدأ قدسية العقود وهو مبدأ عام معترف به فى القانون الداخلى والقانون الدولى على حد سواء. كما أن هذا الشرط يعد مطابقا أيضا لمبدأ عدم رجعية القوانين والذى يقضى برفض كل أثر رجعى لأى تشريع جديد(١).

---

(١) أنظر: Rev. Arb., 1980, P. 136، حيث يذكر الحكم:

«La clause susvisée fait partie des clauses dites de (Stabilisation) et (d'intangibilité) dont l'effet obligatoire -

وبهذا يكون المحكم قد أقر بصحة شروط الثبات وعدم المساس التى ترد فى عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. بيد أنه لم يتعرض للآثار التى يمكن أن تترتب عليها. وبصفة خاصة أنه لم يوضح بشكل صريح ما إذا كانت هذه الشروط تحظر على الدولة اتخاذ إجراءات التأميم التى من شأنها وضع نهاية للعقد قبل الميعاد المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة.

ومع ذلك، فإن المحكم بعد أن تعرض لحق الدولة فى التأميم وبين أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون الدولى العام يؤكدون على حق الدولة فى تأميم الأموال الأجنبية وأن الدول من حقها إجراء التأميم بالكيفية ووفقا للأشكال التى تراها مناسبة، وأن لها كامل الحرية فى هذا المجال وأنه لا توجد قاعدة فى هذا الخصوص تقيد من ممارسة الدولة لهذا الحق فى الأحكام القضائية الدولية ولا فى المعاهدات الدولية، كما أن فقهاء القانون الدولى، على وجه الخصوص، يسلمون اليوم بأن حق الدولة فى التأميم ينطبق على أموال صاحب الامتياز حتى قبل التاريخ المحدد لانقضاء الامتياز. هذا بالإضافة إلى قرارات الأمم المتحدة بشأن التأميم والتى أكدت فيها على الحق السيادى للدول فى تأميم ثرواتها الطبيعية(١).

وبعد أن تعرض لمبدأ قدسية العقود Inviolabilité des contrats وبين أن هذا المبدأ مسلم به من قبل معظم الأنظمة القانونية

- a été reconnu en droit international ... en outre la clause 16 est justifiée Non seulement en vertu de la législation pétrolière libyenne susvisée mais égalemant en vertu du principe général de l'inviolabilité des contrats reconnu également en droit interne et en droit international ... cette clause est également conforme au principe de la non rétroactivité des lois».

(١) انظر: Rev. Arb., 1980, P. 150 etss., Spéc. P. 154 etss.

الوطنية، بما فى ذلك القانون الإسلامى، والقانون الدولى على حد سواء، ولن هذا المبدأ ينطبق على العقود العادية وعلى عقود الامتياز أيضا، كما أنه يلزم الأفراد وكذلك أيضا الحكومات. وبالتالى فإنه لا يجوز فسخ العقد أو تعديله إلا بالرضاء المتبادل من قبل الأطراف المتعاقدة(١).

بعد ذلك كله استخلص المحكم عدة مسلمات Propositions منها أن حق الدولة فى تأميم ثرواتها ومصادرها الطبيعية يعد حقا سياديا ويخضع للالتزام بالتعويض فى حالة فسخ عقود الامتياز قبل الميعاد. كما أن تأميم الحقوق الناجمة عن الامتياز إذا لم يكن له طابع تمييزى Discriminatoire وإذا لم يكن مصحوبا بتصرف أو سلوك غير مشروع فإنه لا يعد غير قانونى légale فى ذاته ولا يمثل عملا غير مشروع. ولكن ينشىء الالتزام بالتعويض لصاحب الامتياز بسبب فسخ عقود الامتياز قبل أوانها.

وفى ضوء هذه المسلمات القانونية انتهى المحكم إلى أن عقود امتياز ليامكو المبرمة مع الحكومة الليبية تعد عقودا ملزمة ولا يمكن فسخها إلا فى حالات معينة ذكر منها حالة التأميم غير التمييزى Non discriminatoire المصحوب بالتعويض الملائم(٢).

مجمل القول أن المحكم قد أقر بصحة شروط الثبات وعدم المساس. بيد أنه قد قرر أن هذه الشروط - وكذلك مبدأ قدسية العقود - لا تحول دون الدولة ووضع نهاية للعقد بطريق التأميم قبل حلول الميعاد المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة.

٣ - حكم تحكيم أجيب Agip الصادر فى ٣٠ نوفمبر لسنة ١٩٧٩(٣):

وتتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم فى أنه فى عام ١٩٦٢

---

(١) انظر: Ibid, P. 158 etss.

(٢) انظر: Ibid, P. 166.

(٣) انظر:

Sentence du 30 Novembre 1979, Rev. Crit., 1982, P. 92, Note. H. Batiffol.

وفى التعليق عليه راجع:

Lalive (J.F.): Contrats entre États ... Op. Cit., P. 144 etss.

أبرمت كل من شركة أجيب "Agip" الإيطالية وحكومة الكونغو عقدا بموجبه أسست الشركة الإيطالية أجيب فى دولة الكونغو شركة خاضعة للقانون الكونغولى. وكانت شركة أجيب تملك ٩٠٪ من أسهمها، بينما تملك الشركة السويسرية الدولية القابضة نسبة ١٠٪ المتبقية. ولقد قامت هذه الشركة المنشأة بممارسة نشاطها التجارى فى توزيع البترول فى مايو سنة ١٩٦٥. وبتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٧٤ أممت حكومة الكونغو قطاع توزيع المنتجات البترولية بموجب القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٤ والذى حول أموال الشركات المؤممة إلى الشركة الوطنية Hydro_Congo. ولقد شمل التأميم كل الشركات العاملة فى مجال قطاع توزيع البترول باستثناء شركة أجيب والتى سبق وأن أبرمت فى ٢ يناير سنة ١٩٧٤ اتفاقا مع حكومة الكونغو تعهدت فيه أجيب بأن تتنازل للحكومة عن عدد من أسهم الشركة يمثل (٥٠٪) من رأس مالها، كما وافقت الحكومة على أن تحتفظ الشركة بصفتها كشركة مساهمة من شركات القانون الخاص على الرغم من مساهمة الحكومة فيها. كما تعهدت الحكومة بتبنى النصوص المناسبة من أجل تفادى تطبيق التعديلات المستقبلية فى قانون الشركات على الشركة.

وفى ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٥ أصدر رئيس جمهورية الكونغو القرار رقم ٦ لسنة ١٩٧٥ بتأميم الشركة. ولما ثار النزاع بين الطرفين تم اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار اعمالا لشرط التحكيم الوارد فى الاتفاق المبرم بينهما فى ٢ يناير سنة ١٩٧٤. وتم تشكيل محكمة تحكيم للفصل فى هذا النزاع مكونة من الأستاذ J.Trolle رئيسا، والأستاذ Dupuy والأستاذ Rouhani كمحكمين. ولقد تعرضت محكمة التحكيم للعديد من المسائل منها المسألة محل البحث.

وفى هذا الصدد، لاحظت محكمة التحكيم أن الحكومة قد تعهدت (بموجب نص المادة الرابعة من الاتفاق المبرم بينها وبين أجيب فى ٢ يناير عام ١٩٧٤)، بأن تظل الشركة محتفظة بطابعها كشركة مساهمة من شركات القانون الخاص. كما أنها قد تعهدت، وفقا لنص المادة ١١ من الاتفاق

المذكور، بعدم تعديل النظام القانونى للشركة حتى فى حالة إدخال تعديلات جديدة على قانون الشركات.

ولقد ذهبت محكمة التحكيم إلى أن فسخ العقد من جانب واحد، بموجب القرار رقم ٦ لسنة ١٩٧٥، يتجاهل بوضوح شروط الثبات التى تستمد تطبيقها ليس من سيادة الدولة المتعاقدة، بل من الإرادة المشتركة للأطراف. كما قررت أن هذه الشروط التى وافقت عليها الحكومة بحرية تامة لا تمس من حيث المبدأ سيادتها التشريعية واللائحية مادام أن الحكومة تحتفظ بهذه السيادة فى مواجهة المواطنين أو الأجانب الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذه التعهدات، ومادام أن دور هذه الشروط ينحصر فى القضية الحالية فى عدم الاحتجاج بالتعديلات التشريعية واللائحية المشار إليها فى الاتفاق(١).

وفى ضوء ذلك، انتهت محكمة التحكيم إلى تقرير عدم شرعية إجراءات التأميم التى اتخذتها الحكومة، وإلزام الحكومة بتعويض الشركة عن الأضرار الناجمة عن هذا التأميم(٢).

---

(١) انظر: Rev. Crit., 1982, P. 102, No. 85-86.

إذ يذكر الحكم:

«La dissolution par voie unilatérale, décidée par l'ordonnance No. 6175, méconnait à l'évidence ces clauses de stabilisation dont l'applicabilité résulte non du jeu automatique de la souveraineté de l'État Contractant mais de la commune volonté des parties exprimée au niveau de l'ordre juridique international. ces clauses de stabilisation qui ont été librement souscrites par le gouvernement, n' affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire puisqu, il conserve l'une et l'autre à l'égard de ceux, Nationaux ou étrangers, avec lesquels ce gouvernement n'a pas pris de tels engagements, et qu elles se bornent, dans le cas présent, à rendre inopposables à l'égard de son cocontractant, les modifications aux dispositions législatives et réglementaires visées à l'accord».

(٢) انظر: Rev. Crit., 1982, P. 102, No. 88.

٤ - حكم تحكيم أمينوئيل Aminoil الصادر فى ٢٤ مارس لسنة ١٩٨٢(١):

تتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم فى أنه فى عام ١٩٤٨ أبرم أمير الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية أمينوئيل حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث عن البترول واستغلاله فى دولة الكويت لمدة ستين عاما. ولقد تضمن هذا العقد شرطا للثبات وعدم المساس يحول دون قيام الدولة بإجراء أى تعديل للعقد خلال مدة سريان العقد. ولكن، عندما رفضت الشركة طلب الحكومة الكويتية بتعديل العقد طبقا للاتفاقيات التى أبرمت بين الدول المصدرة للبترول والتى تم التوقيع عليها فى طهران عام ١٩٧١. وفى جنيف عامى ١٩٧٢، ١٩٧٣. قامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية للعقد وتأميم الشركة بموجب القرار بقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٧٧.

وتمسكت الشركة باللجوء إلى التحكيم وتم إبرام اتفاق تحكيم بين الطرفين فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٧٩. وتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة من كبار فقهاء القانون الدولى هم: الأستاذ P.Reuter بصفته رئيسا، والأستاذ G.Fitzmaurice، والأستاذ حامد سلطان بصفتهما عضوين.

وكان من بين المسائل التى عرضت على محكمة التحكيم المسألة محل البحث وهى مدى صحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار المترتبة عليها وخصوصا الأثر المترتب على ادراج مثل هذه الشروط فى العقد على حق الدولة فى اتخاذ إجراءات التأميم.

---

(١) انظر الحكم فى: Clunet, 1982, P. 869 etss.

وفى التعليق عليه راجع:

Kahn (Ph.): Contrats D'État et Nationalisation ..... Op. Cit., P. 844.

وانظر أيضا:

Burdeau (G.): Droit international et contrats d'État . La sentence Aminoil C. Kouit du 24 Mars 1982, A.F.D.I., 1982, P. 454.

وايضا:

Lalive (J.): Contrats entre États ... Op. Cit., P. 147 etss.

وفى هذا الخصوص، أكدت محكمة التحكيم على أن حق الدولة فى اتخاذ إجراءات التأميم ليس محل نقاش، وأن شروط الثبات وعدم المساس المدرجة فى العقد قد قصد الأطراف من ورائها الإجراءات التى يمكن أن تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لاتصافها بطابع المصادرة Confiscation. ولما كان التأميم لا يعد من قبيل اعمال المصادرة إذ أنه يخضع وفقا للقانون الدولى لعدة شروط من بينها دفع التعويض المناسب، فإن شروط الثبات الواردة فى العقد موضوع النزاع لا تستهدف إجراءات التأميم.

ولقد رفضت محكمة التحكيم وجهة النظر التى تمسكت بها الشركة والتى مفادها أن شروط الثبات الواردة فى العقد قد تم صياغتها بعبارات مطلقة وفضفاضة بحيث تكفى بذاتها لحظر اللجوء إلى التأميم، وأكدت على أنه إذا كان من غير المشكوك فيه أن القيود التعاقدية التى ترد على حق الدولة فى التأميم تعد جائزة قانونا، بيد أن مثل هذا التعهد الخطير بعدم التأميم يجب أن يكون محل نص صريح وأن يكون لفترة زمنية محددة. ومن ثم فإن التعهد بعدم التأميم لا يمكن استخلاصه من شروط الثبات التى وردت فى العقد بعبارات عامة، ولمدة طويلة تستغرق مدة عقد الامتياز ذاته المبرم لمدة ستين عاما(١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن محكمة التحكيم قد حرصت على التأكيد على أنه إذا كان من غير الممكن تفسير شروط الثبات على أنها تعد بمثابة عقبة فى طريق التأميم، فليس معنى ذلك أن هذه الشروط تفقد كل مالها

---

(١) انظر: Clunet, 1982, PP. 894-895, No. 93-95.

من قيمة وفعالية. فهذه الشروط نظرا لكونها تقتضى ضمنيا أن لا يكون للتأميم طابع المصادرة فإنها تعزز من ضرورة التعويض المناسب باعتباره شرطا لصحة التأميم(١).

بعد استعراض موقف أحكام التحكيم من مسألة صحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار التى تترتب عليها، يمكننا أن نخلص من ذلك كله إلى أن هذه الأحكام جميعها قد اعترفت بصحة هذه الشروط، بيد أنها اختلفت فيما بينها حول نطاق سريانها. فقد ذهبت بعض أحكام التحكيم - مثل تحكيم تكساكو، وتحكيم أجيب - إلى أن هذه الشروط تحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأميم. ولذا قضت هذه الأحكام بعدم شرعية إجراءات التأميم التى إتخذتها الدولة. فى حين ذهب البعض الآخر منها - كما هو الحال بالنسبة لحكم تحكيم ليامكو، وحكم تحكيم أمينويل - إلى أن هذه الشروط لا تحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأميم. وبناء عليه قضت هذه الأحكام بصحة إجراءات التأميم التى اتخذتها الدولة مع الزامها بالتعويض.

ومن جانبى أرى مع جانب من الفقه(٢) أن شروط الثبات وعدم المساس تعد شروطا صحيحة وجائزة قانونا، حيث يجوز للدولة بمالها من سيادة إدراج مثل هذه الشروط فى العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبى. وعلى الدولة عند ممارسة سيادتها التشريعية وامتيازاتها كسلطة عامة أن تأخذ فى الاعتبار تعهداتها والتزاماتها التعاقدية القائمة، بما فى ذلك شروط الثبات وعدم المساس. وإذا اقتضت المصلحة العليا للمجتمع أو تغير «جوهرى» فى الظروف مراجعة العقد، كان عليها أن تدعو الطرف الأجنبى للتفاوض من أجل تحقيق هذه المراجعة بطريق التراضى. ولا يجوز للطرف

---

(١) انظر: Ibid, P. 895, No. 96 et P. 904, No. 159.

(٢) راجع:
EL - KOSHERI (S.S.), Le régime juridique ..... Op. Cit., PP. 335 - 336.

الآخر أن يرفض التفاوض بحسن نية بحجة أن شروط الثبات وعدم المساس تحصن العقد من أى تدخل من جانب الدولة. فالممارسة المتبعة عموما منذ عام ١٩٥٠ فى مجال استغلال الثروات البترولية تكشف عن الصياغة التدريجية لقاعدة عرفية مفادها أن التغيرات الرئيسية فى الظروف توجب على الأطراف التفاوض من أجل أن يصبح العقد متمشيا مع الظروف الجديدة. فإذا رفض الشريك الأجنبى التفاوض بحسن نية، كان للدولة أن تمارس سلطاتها السيادية من أجل تحقيق التوازن التعاقدى أو وضع نهاية للعقد بطريق التأميم. وفى هذه الحالة لا يكون أمام الطرف الآخر من سبيل سوى الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التى لحقت به، والذى يتم تقديره بواسطة القضاء المختص أو المحكمين فى حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.

ولكن ليس معنى هنا أن شروط الثبات وعدم المساس تعتبر عديمة الفائدة من الناحية العملية، إذ أن إدراج مثل هذه الشروط فى العقد واحترام الدولة المتعاقدة لها يعطى نوعا من الطمأنينة والثقة للشركات الأجنبية ويجعلها تقدم على التعامل معها.

الباب الأول

اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم:

يتعين لإخضاع النزاع الذى ينشأ بين الدولة المتعاقدة أو أحد الأجهزة التابعة لها من ناحية، والشركة الأجنبية المتعاقدة معها من ناحية أخرى وذلك بمناسبة عقد البترول المبرم بينهما، أن يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل أن ينشأ النزاع، وفى هذه الحالة يأخذ الاتفاق صورة شرط تحكيم Clause Compromissoire وارد فى العقد ذاته، أو بعد نشأة النزاع، وفى هذه الحالة يأخذ الاتفاق صورة مشارطة تحكيم Compromis. على أن يلاحظ أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التى تنشأ عن عقود البترول غالبا ما يتخذ صورة شرط تحكيم وارد فى العقد ذاته.

ولما كانت نقطة البداية فى اللجوء إلى نظام التحكيم هى فى الاتفاق عليه واختياره سبيلا لحل المنازعات التى تنشأ عن هذه العقود، وأنه بدون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجرى التحكيم أو يتم. فإن أول ما ينبغى على المحكم - أو القاضى فى بعض الأحيان - أن يتحقق من وجود اتفاق التحكيم وأن يتأكد من صحته. وبالطبع لن يتسنى للمحكم - أو القاضى - القيام بهذه المهمة إلا بعد أن يحدد القانون واجب التطبيق عليه.

بيد أن هذا الأمر يتوقف على البت فى مسألتين غاية فى الأهمية: المسألة الأولى وهى تحديد نوع التحكيم المتفق عليه بصدد هذه العقود محل الدراسة وما إذا كان تحكيما دوليا عاما يدخل فى نطاق القانون الدولى العام ويخضع لقواعد هذا القانون أم أنه يعد بمثابة تحكيم دولى يدخل فى إطار القانون الدولى الخاص وبالتالى تثير المسائل المختلفة المتعلقة به، ومن أهمها مسألة الاتفاق عليه، تنازع القوانين وهو ما ينبغى معه معرفة القانون واجب التطبيق عليه. أم أنه مجرد تحكيم داخلى يخضع لاحكام القانون الداخلى فى الدولة المعنية؟

أما المسألة الثانية: فتتمثل فى بحث العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول المتعلق به وتحديد ما إذا كانت هذه العلاقة علاقة تبعية أم علاقة استقلالية. فالقول بإن هذه العلاقة علاقة تبعية مؤداه من ناحية أن بطلان العقد يترتب عليه بالضرورة بطلان اتفاق التحكيم، ومن ناحية أخرى أن القانون الذى يحكم العقد هو ذاته القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم. أما القول بأن هذه العلاقة علاقة استقلالية فمؤداه أن بطلان العقد لا يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم، كما أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع لقانون آخر غير القانون الذى يحكم العقد ذاته.

فإذا ما تحقق المحكم - أو القاضى - من وجود اتفاق التحكيم وتأكد من صحته، بعد إعمال القانون واجب التطبيق عليه، فإن هذا الاتفاق تترتب عليه آثار غاية فى الأهمية. أثر إيجابى يتمثل فى التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم واختصاص المحكمين بالفصل فى النزاع بما فى ذلك اختصاصهم بالفصل فى اختصاصهم عند المنازعة فيه، وأثر سلبى يتمثل فى سلب ولاية القضاء الوطنى من نظر النزاع.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الباب إلى فصول أربعة وذلك على النحو التالى:

الفصل الأول: ونخصصه لبيان نوعية التحكيم فى عقود البترول.

الفصل الثانى: ونبحث فيه العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول.

الفصل الثالث: ونتعرف فيه على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

الفصل الرابع: ونتعرض فيه لآثار اتفاق التحكيم.

الفصل الأول

نوعية التحكيم المتعلق بعقود البترول

لا يتخذ التحكيم صورة واحدة، وإنما يتخذ صورا وأنواعا متعددة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه. فمن حيث مدى حرية الأطراف في اللجوء إليه من عدمه، يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم اختيارى وتحكيم إجبارى، ومن حيث مدى سلطة المحكمين في الفصل في النزاع المطروح عليهم، يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم بموجب القانون وتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف. ومن حيث كيفية إدارته. يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسى. ومن حيث النظام القانونى الذى ينتمى إليه. يمكن تقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلى وتحكيم دولى خاص وتحكيم دولى عام.

ونعرض على نحو موجز لهذه الأنواع المختلفة للتحكيم، ثم نبين بعد ذلك نوعية التحكيم المتفق عليه بصدد عقود البترول.

المبحث الأول

أنواع التحكيم

أولا: التحكيم الاختيارى والتحكيم الإجبارى:

يكون التحكيم اختياريا Arbitrage Volontaire إذا كان اللجوء إليه يتم بمحض إرادة الخصوم وليس مفروضا عليهم(١). وبعبارة أخرى، يكون التحكيم اختياريا متى كان للأطراف حرية اللجوء بصدد نزاع معين إما إلى القضاء أو إلى التحكيم بيد أنهم اختاروا بإرادتهم الحرة اللجوء إلى التحكيم(٢). والأصل فى التحكيم أنه اختيارى وليس إجباريا، إذ لا يجب كقاعدة عامة أن تتخلى الدولة عن القيام بوظيفتها القضائية وتوجب على الأطراف اللجوء فى حل منازعاتهم إلى التحكيم، لأن ذلك يعتبر تنصلا من الدولة في القيام بواجبها وتخليها عن القيام بوظائفها(٣).

ولكن هذا لا يمنع الدولة من أن تجعل التحكيم، فى بعض المنازعات طريقا إجباريا يلتزم الأطراف باتباعه، بحيث لا يجوز لهم بخصوص هذه المنازعات اللجوء إلى القضاء والذى لا تكون له فى هذه المنازعات سلطة الفصل فيها ابتداءا، وإنما يتعين على الأطراف اللجوء بشأنها إلى التحكيم. وهذا النوع من التحكيم هو ما يعرف بالتحكيم الاجبارى Arbitrage Forcé(٤).

ومن أمثلة التحكيم الإجبارى فى القانون المصرى التحكيم فى المنازعات التى تثور بين شركات القطاع العام أو بين إحدى هذه الشركات

---

(١) راجع د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربى، ١٩٩٠، ص ٢٥، بند ١٤.

(٢) راجع د. ثروت حبيب، دراسة فى قانون التجارة الدولية «مع الإهتمام بالبيوع الدولية»، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ١٩٧٤، ص ص ١٠٧ - ١٠٨، بند ٥٢.

(٣) انظر: د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ص ٢٥ - ٢٦، بند ١٤.

(٤) انظر: د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢٦، بند ١٤.

وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة أو مؤسسة، من الهيئات أو المؤسسات العامة والذى كان منظما بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢ بشأن هيئات القطاع العام وشركاته(١).

ومن أمثلة هذا النوع من التحكيم فى القانون الأردنى التحكيم فى المنازعات التى تنشأ بين إحدى الجمعيات وبين أحد أعضائها أو موظفيها أو مستخدميها، ومن أمثلة هذا النوع من التحكيم فى القانون الفرنسى التحكيم فى بعض المنازعات العمالية(٢).

هذا ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام أن الأصل فى التحكيم فى المعاملات الدولية الخاصة، وخصوصا فى مجال التجارة الدولية، هو كون التحكيم اختياريا يقوم على تراضى الأطراف ذوى الشأن بمقتضى قبولهم لشرط التحكيم الوارد فى العقد أو باتفاق بينهم بعد وقوع النزاع.

ومع ذلك، قد نصادف بعض حالات للتحكيم الإجبارى فى إطار العلاقات الدولية الخاصة، ويمكن أن نذكر من ذلك ما نصت عليه المادة (٩٠) من الشروط العامة لدول «الكوميكون» عام ١٩٦٨ من أن «كل المنازعات التى تنجم عن العقد أو تتولد بمناسبته يجب عرضها على التحكيم، مع استبعاد اختصاص المحاكم القضائية العادية بذلك. ويكون عرضها أمام محكمة التحكيم المنشأة للنظر فى هذه المنازعات فى بلد المدعى عليه أو فى بلد ثالث عضو فى مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة، متى اتفق أطراف النزاع على ذلك»(٣).

---

(١) وتجدر الإشارة إلى أن قانون شركات قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، قد حل محل القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٢، وألغى نظام التحكيم الإجبارى الذى كان ينص عليه هذا القانون الأخير، ونص فى المادة ٤٠ منه على أنه يجوز للهيئات والشركات الخاضعة له أن تتفق على التحكيم بشأن ما يثور بينها وبين غيرها من منازعات طبقا لنصوص التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الواردة فى قانون المرافعات.

(٢) انظر: د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ص ٢٧، ٢٨.

(٣) انظر: د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص ص ١٠٨ - ١٠٩.

ثانيا التحكيم المؤسسى والتحكيم الحر:

ينقسم التحيكم، من حيث كيفية سريانه، إلى تحكيم مؤسسى Institutionel وتحكيم حر أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة Ad Hoc.

والتحكيم المؤسسى أو المنظم: هو التحكيم الذى يجرى تحت رعاية إحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم الدائمة وطبقا للائحة التحكيم النافذة لديها، والتى تحدد كيفية اختيار المحكمين، وكيفية سير الإجراءات أمامهم، ومدى سلطتهم عند نظر النزاع والفصل فيه.

أما التحكيم الحر: فهو التحكيم الذى يتم بمعرفة الأطراف أنفسهم، حيث يتولى هؤلاء اختيار المحكم أو المحكمين الذين سيتولون الفصل فى النزاع أو يبينون كيفية اختيارهم، كما يتولى هؤلاء تحديد الإجراءات الواجبة الاتباع، وكذلك القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو يفوضوا المحكم أو المحكمين فى تحديده، دون اللجوء فى ذلك إلى أية مؤسسة أو مركز دائم للتحكيم(١).

وعلى الرغم من أن التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة قد سبق فى الظهور التحكيم المؤسسى أو النظامى، بيد أن هذا النوع من التحكيم - على حد تعبير بعض الفقهاء(٢) - قد أفل نجمه، ولم يعد له

---

(١) راجع: د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٤٨ ومابعدها، بند ١٧؛ د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، ١٩٨١، ص ٢١ - ٢٢، بند ١٢؛ د. ثروت حبيب، المرجع السابق، ص ١١٠ ومابعدها، بند ٥٤؛ د. على بركات، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، رسالة دكتوراه - كلية حقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص ص ١٦ - ١٧، بند ١٤؛ وراجع أيضا:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international, Recueil des cours, 1967, P. 664 etSS.

(٢) انظر: د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ٢٢.

سوى دور القريب الفقير «Parent Pauvre»(١) إلى جانب التحكيم المؤسسى.

لقد أصبح التحكيم المؤسسى هو القاعدة فى مجال المعاملات الدولية الخاصة، خصوصا فى إطار التجارة الدولية، بعد أن نشأت العديد من مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولى. ومن بين هذه المؤسسات يمكن أن نذكر على سبيل المثال: غرفة التجارة الدولية Chambre de commerce international، والجمعية الأمريكية للتحكيم American Arbitration Association، ومحكمة لندن للتحكيم London court of arbitration، والمركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة، والمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار والذى تم إنشاؤه بموجب اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمبرمة فى واشنطن عام ١٩٦٥.

ولكن، لا يجب أن يفهم من ذلك أن التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة فى طريقه إلى الزوال، فهناك العديد من المنازعات التى يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة(٢). كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم فى عقود البترول على نحو ما سنرى فيما بعد.

هذا ولقد أقرت الاتفاقيات الدولية التحكيم بنوعيه، المؤسسى والحر، دون أدنى تفرقة بينهما فى المعاملة. وفى هذا الصدد نذكر اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية عام ١٩٥٨، فقد نصت المادة (٢/١) من هذه الاتفاقية على أنه: «يقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل فى حالات محددة بل أيضا الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم الدائمة».

---

(١) انظر:

RUBELLIN - DÉVICHI (J.), Éssai sur la Nature de l'arbitrage, Thèse, Lyon, 1964, P. 142, N° 190.

(٢) انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ..., Op. Cit., P. 670

كذلك الأمر بالنسبة للاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف عام ١٩٦١، فقد نصت المادة (٢/١) من هذه الاتفاقية على أنه: «يقصد بالتحكيم تسوية المنازعات ليس فقط بواسطة محكمين معينين للفصل فى حالات محددة بل أيضا بواسطة محكمين معينين بواسطة هيئات التحكيم الدائمة»(١).

كما أجازت مختلف القوانين الوطنية التحكيم بنوعية، المؤسسى والحر، دون أدنى تفرقة بينهما. وهو ما يتضح من مراجعة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، حيث لا يفرق المشرع عند تنظيمه للتحكيم بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسى.

وفى هذا الصدد يمكن أن نذكر القانون المصرى الحالى للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقد نصت المادة (٢/٤) من هذا القانون على أن: «ينصرف لفظ «التحكيم» فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بارادتهما الحرة سواء كانت الجهة التى تتولى اجراءات التحكيم - بمقتضى اتفاق الطرفين - منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك»(٢).

ثالثا: التحكيم طبقا لقواعد القانون والتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف(٣):

ينقسم التحكيم، من حيث سلطة المحكمين فى الفصل فى النزاع،

---

(١) يقول النص بالفرنسية:

«On entend par: «Arbitrage», le règlement de litiges non seulement par des arbitres nommés pour des cas déterminés (arbitrage ad Hoc), mais également par des institutions d'arbitrage permanentes».

(٢) انظر: الجريدة الرسمية - العدد ١٦ (تابع) فى ٢١ أبريل سنة ١٩٩٤.

(٣) جرى الفقه فى مصر على استخدام اصطلاح «التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح» (انظر د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٢٩؛ د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ٢٨). أو اصطلاح «التحكيم العادى والتحكيم مع التفويض بالصلح» (راجع د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، الطبعة الثانية، =

إلى تحكيم طبقا لقواعد القانون، وتحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف. والتحكيم طبقا لقواعد القانون (أو ما يسمى بالتحكيم بالقضاء) هو التحكيم الذى يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعى عند الفصل فى النزاع المطروح عليهم. بينما التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف (أو ما يسمى بالتحكيم بالصلح) هو التحكيم الذى لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعى عند الفصل فى النزاع، حيث يمكنهم الفصل فى النزاع المطروح عليهم استنادا إلى قواعد العدالة ولو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق.

والأصل فى التحكيم أنه تحكيم طبقا لقواعد القانون، وأن التحكيم طبقا لقواعد العدالة أو التحكيم بالصلح هو الاستثناء. ويترتب على ذلك أن التحكيم طبقا لقواعد العدالة يجب أن يتفق عليه الأطراف صراحة(١).

هذا ولقد أجازت معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم كلا من

= ١٩٨١، ص ٥٢). ولقد فضلنا استخدام اصطلاح «التحكيم طبقا لقواعد القانون» بدلا من اصطلاح «التحكيم بالقضاء» أو «التحكيم العادى» حيث نرى أن الاصطلاح الأول أكثر دقة وأكثر تعبيرا عن حقيقة المقصود من غيره. كما فضلت استخدام اصطلاح «التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف» بدلا من اصطلاح «التحكيم بالصلح أو التحكيم مع التفويض بالصلح» حيث نرى أن هذا الاصطلاح الأخير غير دقيق، وأنه ترجمة حرفية غير دقيقة للمصطلح الفرنسى «L´amiable composition»: لأنه لا يدل على حقيقة المقصود منه. فالمحكم المفوض بالصلح L´amiable compositeur لا يجرى صلحا لان الصلح له معناه المحدد فى القانون، بل إن المحكم بالصلح يفصل فى النزاع شأنه فى ذلك شأن المحكم المقيد بقواعد القانون، ولكن طبقا لقواعد العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون على النحو المبين فى المتن. راجع فى انتقاد استخدام اصطلاح التحكيم بالصلح د. على بركات، المرجع السابق، ص ٤١٢.

(١) راجع د. فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٢؛ د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٣٩؛ د. على بركات، المرجع السابق، ص ١٦، بند ١٢؛ وراجع مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ١٧٤ ومابعدها؛ وللمزيد من التفاصيل حول التحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف راجع:

LOQUIN (E.), L´amiable composition en droit comparé et international, Thèse, Dijon, 1978, Litec, Paris, 1980.

النوعين: التحكيم بالقانون والتحكيم بالعدالة (أو الصلح). ومن ذلك يمكن أن نذكر التشريع المصرى الحالى للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فبعد أن نص فى المادة (١/٣٩، ٢) على أن تفصل هيئة التحكيم فى النزاع طبقا للقواعد القانونية التى يتفق عليها الطرفان أو القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى هيئة التحكيم أنه الأكثر اتصالا بالنزاع إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، نص فى الفقرة الرابعة من نفس المادة على أن «يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون».

ويمكن أن نذكر أيضا قانون التحكيم الفرنسى لسنة ١٩٨١، فبعد أن نص فى المادة (١٤٩٦) على أن يفصل المحكم فى النزاع طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف أو تلك التى يرى المحكم أنها مناسبة فى حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق. نص فى المادة (١٤٩٧) على أنه «يفصل المحكم كمحكم مفوض بالصلح إذا ما اتفق الأطراف على ذلك»(١).

وكذلك أيضا القانون الأيرلندى الجديد بشأن التحكيم لسنة ١٩٨٦، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٥٤) من هذا القانون على أن «تفصل محكمة التحكيم طبقا لقواعد القانون». نصت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة على أن: «تفصل محكمة التحكيم بوصفها محكما مع التفويض بالصلح إذا ما اتفق الأطراف على ذلك»(٢).

---

(١) انظر النص بالفرنسية إذ يقول:

«L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission».

راجع نصوص هذا القانون فى: Journal officiel, 14 Mai 1981.

(٢) ويذكر النص بالفرنسية:

«Le tribunal arbitral statue en qualité d'amiable compositeur si les parties sont convenues de lui conférer cette mission».

راجع نصوص هذا القانون منشورة فى: Rev. Arb., 1988, P. 349.

نفس الشيء بالنسبة للقانون الأسباني الجديد بشأن التحكيم رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨، فقد نصت المادة (١/٤) منه على أن «يفصل المحكمون في النزاع بموجب قواعد القانون أو قواعد العدالة وذلك حسب اختيار الأطراف ....»(١). وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائرى الجديد بشأن التحكيم الصادر فى ٢٥ إبريل لسنة ١٩٩٢، فبعد أن نصت المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ منه على أن تفصل محكمة التحكيم فى النزاع طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف أو قواعد القانون والعادات التى يرونها مناسبة فى حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق. نص فى المادة ٤٥٨ مكرر ١٥ على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع كمحكم مفوض بالصلح إذا منحها الأطراف هذه السلطة»(٢).

كما أخذت بكلا النوعين من التحكيم بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. من ذلك يمكن أن نذكر الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى والتى تم التوقيع عليها فى جنيف فى عام ١٩٦١. فبعد أن بينت المادة (١/٧) من هذه الاتفاقية أن للأطراف حرية تحديد القانون الذى يجب على المحكمين تطبيقه فى موضوع النزاع، وأنه فى حالة تخلف أى بيان من قبل الأطراف عن هذا القانون، يطبق المحكمون القانون المعين بواسطة قاعدة التنازع التى يرونها ملائمة فى القضية. نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه «يفصل المحكمون فى النزاع كمحكمين مفوضين

---

(١) ويقول النص بالفرنسية:

«Les arbitres statueront sur le différend au choix des parties, en droit ou en équité, en leur âme et conscience».

راجع نصوص هذا القانون منشور في: Rev. Arb. 1989, P. 353.

(٢) ويقول النص بالفرنسية:

«Le tribunal arbitral statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré ce Pouvoir».

راجع نصوص هذا القانون منشورة في: Rev. Arb., 1993, P. 478.

بالصلح إذا رغب الأطراف فى ذلك وكان القانون الذى يحكم التحكيم يجيز ذلك»(١). كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية البنك الدولى للإنشاء والتعمير التى تم التوقيع عليها فى واشنطن عام ١٩٦٥. فبعد أن بينت الفقرة الأولى من المادة (٤٢) من هذه الاتفاقية أن محكمة التحكيم تفصل فى النزاع طبقا لقواعد القانون المتبناه من قبل الأطراف، وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف فى النزاع وكذلك مبادىء القانون الدولى فى هذا الخصوص، نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه «يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل فى النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف Ex Aequo et Bono، إذا ما اتفق الأطراف على ذلك»(٢).

ونظرا لخطورة الآثار التى تترتب على تفويض المحكمين الفصل فى النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون، فإنه إلى جانب أن غالبية التشريعات تشترط أن يكون الاتفاق على اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم صريحا، فإن بعض التشريعات تتشدد بخصوص هذا النوع من التحكيم فعلى سبيل المثال، يشترط قانون دولة الإمارات العربية المتحدة للتحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ أن يحدد المحكمون بأسمائهم فى اتفاق التحكيم أو فى وثيقة لاحقة (م ٢٠٥)(٣) كما يشترط القانون السعودى لصحة حكم

---

(١) ويقول النص بالفرنسية:

«Les arbitres statueront en «amiables compositeures» si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le perment».

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«Les dispositions des alinéas précedents ne portent pas atteinte à la faculté pour le tribunal. Si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono».

راجع نصوص هذه الاتفاقية منشورة فى: A.S.D.I., 1965, P. 221.

(٣) يقول النص بالفرنسية:

«Les arbitres ne peuvent être investis de la mission d'amiables compositeurs que s'ils sont désignés par leur nom dans la convention d'arbitrage ou dans un acte ultérieur».

التحكيم أن يصدر بالإجماع (م ١٦)(١).

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أنه سواء تعلق الأمر بالتحكيم طبقا لقواعد القانون أو التحكيم طبقا لقواعد العدالة والإنصاف فإن المحكمين فى كل من النوعين يلتزمون بالقواعد الإجرائية التى يحددها الأطراف، كما يلتزمون بمراعاة المبادىء الأساسية للتقاضى(٢) .

رابعا: التحكيم الدولى العام، والتحكيم الداخلى، والتحكيم الدولى الخاص.

يمكن تقسيم التحكيم، من حيث النظام القانونى الذى ينتمى إليه، إلى ثلاثة أنواع: التحكيم الدولى العام، والتحكيم الداخلى، والتحكيم الدولى الخاص.

ويقصد بالتحكيم الدولى العام: التحكيم الذى يهدف إلى حل المنازعات الدولية التى تثور فيما بين الدول ذات السيادة بشأن أمور تهم هذه الدول. ويخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولى العام(٣).

وإذا كان تحديد المقصود بالتحكيم الدولى العام على النحو المتقدم

- راجع نصوص هذا القانون منشورة فى: Rev. Arb. 1993, P. 343.
وفى التعليق عليه راجع:

EL - AHDAB (A.), la nouvelle loi sur l'arbitrage de l'État des ÉMIRATS ARABES UNIS, Rev. Arb., 1993, P. 229.

(١) راجع فى نصوص هذا القانون، د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢) راجع د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٤٠؛ د. على بركات، المرجع السابق، ص ١٦.

(٣) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٧، ص ص ٦٠ - ٦١. وللمزيد من التفاصيل حول التحكيم الدولى العام انظر:

DEHAUSSY (J.) «Arbitrage (droit international public). Dalloz, dr. int., 1968, P. 134.; BASTID (S.), Arbitrage international, J-C., dr. int., Fasc. 245 etS.

وأيضا: د. ابراهيم العنانى، اللجوء إلى التحكيم الدولى، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى، ١٩٧٢.

لا يثير أية صعوبة تذكر بيد أن الصعوبة تثور بشأن تحديد المقصود بالتحكيم الداخلى والتحكيم الدولى الخاص، ووضع معيار للتفرقة بينهما.

وبادىء ذى بدء يجب التأكيد على أن تحديد نوعية التحكيم وما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلى أم بتحكيم دولى خاص ليست من الأمور النظرية أو الدراسات الترفيهية أو الأكاديمية، بل إن للتفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى الخاص أهمية كبرى، كما يترتب عليها نتائج بالغة الخطورة من عدة نواحى.

فمن ناحية أولى: فإن تحديد القانون واجب التطبيق فى مسائل التحكيم يتوقف على نوع التحكيم، وما إذا كان تحكيما داخليا أم تحكيما دوليا يدخل فى إطار القانون الدولى الخاص. فوصف التحكيم بأنه تحكيم داخلى يستتبع بالضرورة تطبيق القانون الداخلى وحده، الأمر الذى يختلف إختلافا كبيرا عن التحكيم الدولى الخاص الذى يثير تنازع القوانين. مما يقتضى البحث عن القانون واجب التطبيق فى شأنه. بالإضافة إلى ذلك، فإن تحديد نوعية التحكيم وما إذا كان تحكيما داخليا أم دوليا يترتب عليه تحديد مدى خضوعه للقواعد التى تنص عليها المعاهدات الدولية التى أبرمت فى هذا المجال سواء تلك التى تضع تنظيما موضوعيا للتحكيم أو التى تحدد القانون واجب التطبيق فى شأنه(١).

ومن ناحية ثانية: فإن تحديد المحكمة القضائية المختصة بنظر بعض المسائل المتعلقة بالتحكيم يتوقف على تحديد ما إذا كنا بصدد تحكيم داخلى، أم بصدد تحكيم دولى يدخل فى إطار القانون الدولى الخاص(٢). فعلى سبيل المثال، تنص المادة (١/٩) من القانون المصرى الحالى للتحكيم

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٤٢ - ٤٢، دولية التحكيم فى القانون المصرى مقارنا بالاتجاهات القانونية المعاصرة. بحث مقدم إلى المؤتمر الثانى للتحكيم التجارى الدولى والذى عقد بفندق هيلتون رمسيس فى ١٩٩٥/٧/١، ص ص ٢ - ٢.

(٢) انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٤٢ ومابعدها.: دولية التحكيم فى القانون المصرى ....، المرجع السابق، ص ص ٢-٤.

رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على أن «يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر».

فكما هو واضح من النص، لقد ميز المشرع المصرى بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فيما يتعلق بالمحكمة القضائية المختصة بمسائل التحكيم. وأوضح أنه فيما يتعلق بالتحكيم الداخلى فإن المحكمة القضائية المختصة هى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وفيما يتعلق بالتحكيم الدولى الذى يدخل فى إطار القانون الدولى الخاص، فإن المحكمة القضائية المختصة هى محكمة استئناف القاهرة. مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى.

ومن ناحية ثالثة: فإن مجال إعمال فكرة النظام العام يختلف اختلافا كبيرا تبعا لما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلى أم بتحكيم دولى خاص. فلفكرة النظام العام نطاق أضيق فى النوع الثانى عنه فى النوع الأول. إذ يختلف مدى مساس موضوع واحد بالنظام العام بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالتحكيم الداخلى أم التحكيم الدولى. فعلى سبيل المثال، مسألة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم يمكن ألا تكون مبررا لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن بالحكم مساس واضح وجدى بالنظام العام، وذلك بصدد أحكام التحكيم الأجنبية. ويرجع ذلك إلى أنه ليست كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام فى القانون الداخلى تعتبر من النظام العام فى مجال المعاملات الدولية (١).

ومن ناحية رابعة: فإن تنفيذ أحكام التحكيم، وهى أهم مرحلة من

---

(١) انظر. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٤٥ - ٤٦، دولية التحكيم فى القانون المصرى ....، المرجع السابق، ص ٤٠. وللمزيد من التفاصيل حول النظام العام والتحكيم انظر: د. أشرف عبدالعليم الرفاعى. مرجع سبقت الإشارة إليه.

مراحل التحكيم، يتم وفقا لإجراءات معينة. وبدون شك فإن هذه الإجراءات تختلف من دولة إلى أخرى. كما قد تختلف هذه الإجراءات داخل الدولة الواحدة تبعا لما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم داخلى أم بتحكيم دولى خاص. هذا بالإضافة إلى أن هناك اتفاقيات دولية تحكم تنفيذ أحكام التحكيم وتطبق فيما يتعلق بالتحكيم فى مجال المعاملات الدولية الخاصة(١).

وأخيرا، تبدو أهمية دراسة هذه المسألة فى ضبط المصطلحات، حيث ظهرت مصطلحات عديدة فى هذا الشأن يمكن أن نذكر منها: التحكيم الداخلى، التحكيم الأجنبى، التحكيم التجارى الدولى، التحكيم شبه الدولى «Semi _ international» أو «Transnational».

وفى ضوء ما تقدم، تتضح أهمية وضرورة التمييز بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى الخاص، الأمر الذى اختلف الفقه فى شأنه. كما تعرضت له الاتفاقيات والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة.

ونعرض فيما يلى بإيجاز لآراء الفقهاء، ثم لموقف الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وأخيرا لموقف بعض التشريعات الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم.

١ - آراء الفقهاء:

ساد فى الفقه اختلاف حاد بشأن التمييز بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى الخاص، كما أصاب جانبا منه نوع من التردد وشىء من التناقض، وهو ما سيتضح لنا من خلال استعراض مختلف آراء الفقهاء.

فقد ذهب رأى أول(٢) إلى القول بأن التحكيم يكون له طابع دولى سواء من حيث جوهره أو إجراءاته. ويكون للتحكيم طابع دولى بجوهره

---

(١) انظر د. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٤٧، دولية التحكيم فى القانون المصرى .....، المرجع السابق، ص ص ٥ - ٦.

(٢) انظر:

FRAGISTAS (Ch. N.), Arbitrage étranger et Arbitrage international en droit privé, Rev. Crit., 1960, PP. 12-13.

إذا كان النزاع الخاضع للتحكيم ناشئا عن علاقة قانونية ذات طابع دولى، كما لو كان الأطراف من جنسيات مختلفة أو كانوا متوطنين فى دول مختلفة، أو إذا كان العقد موضوع النزاع قد أبرم أو يجب أن ينفذ فى دولة أجنبية ... الخ. كذلك أيضا يكون للتحكيم طابع دولى بإجراءاته إذا كان المحكم أجنبيت أو إذا كان يتعين أن تسرى إجراءات التحكيم فى الخارج، ففى مثل هذه الحالات، يكون للتحكيم طابع دولى بطبيعته حيث أنه يثير مشاكل القانون الدولى الخاص.

على العكس من ذلك تماما، إذا كان موضوع التحكيم وإجراءاته يرتبطان كلية بدولة واحدة فقط، ففى هذه الحالة لن توجد مشكلة قانون دولى خاص، ومن ثم يلتزم الأطراف بإخضاع هذا التحكيم للقانون الوطنى للدولة التى يرتبط بها بكل عناصره.

وذهب رأى ثان[١] إلى أنه يمكن القول بأن التحكيم يكون دوليا خاصا عندما لا يخضع لدولة واحدة فى كل عناصره سواء من حيث طبيعة النزاع أو شخصية الأطراف أو المحكمين أو مكان التحكيم أو إجراءاته. بيد أنه يرى أن هذا التعريف السلبى يبدو واسعا للغاية. وذهب إلى القول بأنه إذا كان من الممكن التأكيد - على سبيل اليقين - على أن التحكيم يكون دوليا بجوهره وذلك عندما يتعلق بنزاع ناشىء عن علاقة قانونية تثير تنازع القوانين سواء من حيث جنسية أو موطن الأطراف أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه، إلا أنه من المشكوك فيه التأكيد على أن التحكيم يكون دوليا بطبيعته فقط، على سبيل المثال، بسبب الجنسية الأجنبية للمحكمين فلو أن شخصين سويسريين نشأ بينهما نزاع بشأن تفسير عقد داخلى، واتفقا على أن يصدر حكم التحكيم بواسطة محكم فرنسى أو ألمانى مقيم فى سويسرا، فلا يمكننا الحديث عن تحكيم دولى. ومع ذلك، عاد صاحب هذا الرأى فى النهاية وقرر الأخذ بالتعريف الواسع الذى قال به فى بداية الأمر.

---

(١) انظر:
LALIVE (P.), Problémes relatifs à l'arbitrage ...., Op. Cit., PP. 580 - 581.

في حين أن فريقا ثالثا(١) من الفقه قد استعرض مختلف الضوابط التى يمكن الاستناد إليها للتفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى. وقرر أن ضابط الجنسية الأجنبية للمحكمين ليس كافيا لاسناد الصفة الدولية أو الأجنبية للتحكيم حيث لا توجد قاعدة فى القانون الدولى الخاص يمكنها التدخل لهذا السبب وحده. كما أن الجنسية الوطنية للمحكمين لا تمنع من أن يكون التحكيم أجنبيا أو دوليا. كذلك الأمر بالنسبة لجنسية الأطراف، حيث أن تمتع الأطراف بجنسية أجنبية لا يكفى لمنح الصفة الدولية أو الأجنبية للتحكيم، لأن شخصين أجنبيين يمكنهما الخضوع لتحكيم خاضع بالكامل للنظام الداخلى. صحيح أنه فى مجال التحكيم الدولى، فإن الأطراف غالبا ما يكونوا من جنسيات مختلفة، ولكن ليست جنسية الأطراف هى التى تضفى على التحكيم الطابع الدولى. وكذلك الأمر بالنسبة لموطن الأطراف أو مقر إقامتهم. أما بالنسبة لمكان التحكيم فهو من حيث المبدأ ليس له تأثير على الطابع الوطنى أو الأجنبى أو الدولى للتحكيم إلا فى الحالة التى يلعب فيها دورا فى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وانتهى أصحاب هذا الرأى إلى أن الضابط الصحيح والمعيار الوحيد الذى يفصل التحكيمات الوطنية عن التحكيمات الأجنبية أو الدولية هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. فإذا كان هذا القانون هو قانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم كان التحكيم وطنيا. وإذا كان قانونا أجنبيا أو قواعد تحكيم دولية كان التحكيم أجنبيا أو دوليا، وذلك حتى وإن كان النزاع يرتبط بكل عناصره بدولة واحدة فقط. وهكذا يرى أصحاب هذا الرأى أن اسناد التحكيم إلى قواعد إجرائية غير فرنسية، أى قواعد قانون أجنبى أو قواعد مركز تحكيم دولى، يكفى لوصف التحكيم بالأجنبية أو الدولية.

---

(١) انظر:

LOUSSOUARN (Y.), et BREDIN (J-D.), Droit du commerce international, sirey, Paris, 1969, PP. 84 - 85, No. 71.; GOLDMAN (B.), Arbitrage (droit international prive), Dalloz, Répertoire de droit international, PP. 112 - 113. No. 2 etSS.

ومع ذلك ذهب أحد أنصار هذا الرأى المذكور(١) متساءلا عما إذا كان من الممكن تصور تحكيم ما يجرى وفقا لقاعدة إجرائية فرنسية ويعد رغم ذلك غير فرنسى سواء لتعلقه بروابط قانونية قائمة فى بلد أجنبى أو لتعلقه بعقد دولى؟ ثم أجاب أن محكمة النقض الفرنسية قررت فى حكمها الشهير فى قضية Gosset أن التحكيم الذى يتم فى إيطاليا وفقا للقانون الإيطالى يمكن مع ذلك وصفه بأنه تحكيم دولى. وبالقياس على ذلك، يمكن اعتبار التحكيم الخاضع لقواعد إجرائية فرنسية بأنه غير فرنسى، مادام أنه يفلت من النظام القانونى الفرنسى وذلك من خلال تطبيق قانون أجنبى على موضوع النزاع.

وفى ضوء ذلك يبدو لنا أن صاحب هذا الرأى لم يستقر على المعيار الذى نادى به وحاول إثبات كفايته من خلال انتقاده لكافة الضوابط الأخرى التى يمكن الاستناد إليها على نحو ما رأينا.

كما ذهب الآخر(٢) إلى التفرقة بين التحكيم الأجنبى والتحكيم الدولى، وانتهى إلى أن التحكيم الأجنبى هو الذى يخضع لقانون أو قواعد تحكيم أجنبية. وأن التحكيم الدولى هو التحكيم الذى يخضع لاتفاقية دولية أو قواعد مركز دولى للتحكيم أو الذى يكون موضوعه نزاعا يتعلق بعلاقة دولية هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن صاحب هذا الرأى قرر فى موضع آخر(٣) أن الطابع الدولى للتحكيم لا يتوقف على الطابع الدولى

---

(١) انظر:
LOUSOUARN (Y.), BREDIN (J-D.), Op. Cit., P. 85, No. 71.

(٢) انظر:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 114, No. 17 etSS. spéc No. 20.; les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des cours, 1963, P. 359.

(٣) راجع:
GOLDMAN (B.), Règles de conflit, Règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international, T.C.F.D.I.P., 1966 - 1969, Dalloz, 1970, P. 122.

للقواعد الإجرائية التى يسير بمقتضاها التحكيم أو على الطابع الدولى للمركز الدائم للتحكيم الذى يتم فى كنفه، وإنما يتوقف الطابع الدولى للتحكيم على طبيعة المسألة موضوع النزاع والمتفق على تسويتها بالتحكيم. وبعبارة أخرى، يكون التحكيم دوليا - يقول صاحب هذا الرأى - عندما ينصب على نزاع يتعلق بالتجارة الدولية.

وهكذا يبدو أن صاحب هذا الرأى قد عدل عن موقفه الأول والذى أخذ فيه بمعيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وأخذ بمعيار طبيعة النزاع موضوع التحكيم وما إذا كان دوليا من عدمه. ولكن صاحب هذا الرأى لم يتوقف عند هذا الحد. ولكنه أضاف قائلا ومع ذلك لا يمكن رفض الطابع الدولى للتحكيم الذى يجرى فى إطار غرفة التجارة الدولية على سبيل المثال حتى ولو كان موضوع النزاع - وهو فرض نظرى - ليس دوليا(١).

وقد ذهب فريق رابع(٢) فى الفقه إلى التمييز بين التحكيم الوطنى

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Règles de conflit ...., Op. Cit., P. 122.

حيث يذكر الفقيه أن:

«J'ajoute cependant qu'il ne faut pas être absolutiste dans ce domaine et refuser, si d'aventure telle hypothèse se présentait en pratique, le caractère international, par exemple, `a un arbitrage qui se déroulerait sous l'égide de la chambre de commerce international, même si - mais, encore une fois, l'hypothèse est peut - être un peu théorique - la matière du litige n'était pas international».

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Quand un arbitrage est - il international?, Rev. Arb., 1970, P. 59, Spéc. P. 60 etSS.

وللمزيد من التفاصيل راجع لنفس المؤلف:

L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965, P. 16 etSS., No. 29 etSS.

والتحكيم الأجنبى والتحكيم الدولى. ويرى أن التحكيم الوطنى هو ذلك التحكيم الذى تجتمع كل عناصره فى دولة واحدة، وهى موضوع النزاع، وجنسية الأطراف والمحكمين ومحل إقامتهم، والقانون المطبق، والمكان الذى يجرى فيه التحكيم. فلو أن فرنسيين مقيمين فى فرنسا أسندا تسوية نزاع ما ناشىء عن عقد أبرم فى فرنسا وينفذ بالكامل فيها، إلى محكم فرنسى يفصل فى هذا النزاع طبقا للقانون الفرنسى، فمما لا شك فيه أن الأمر يتعلق بتحكيم فرنسى. فى المقابل، يكون التحكيم أجنبيا لو اتصل أحد هذه العناصر بدولة أخرى، بحيث يمكن إسناده إلى نظام قانونى أجنبى. بينما يكون التحكيم دوليا عندما يكون مستقلا عن كل الأنظمة القانونية الوطنية بحيث يمكن وصفه بأنه تحكيم دولى حقيقى.

ومع ذلك، ذهب أصحاب هذا الرأى(١) إلى القول بأن التفرقة بين التحكيم الدولى والتحكيم الأجنبى تعد تفرقة ضعيفة من الناحية العملية. ولذلك فإنه من المفضل التمسك بالمفهوم الواسع لدولية التحكيم، بحيث يشمل التحكيم الدولى والتحكيم الأجنبى على حد سواء.

- ومن أنصار هذه التفرقة فى الفقه المصرى انظر: د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ٥٠ ومابعدها. حيث يقسم التحكيم إلى ثلاثة أنواع: تحكيم وطنى وهو التحكيم الذى ينتمى بكل عناصره إلى دولة واحدة. ويرى أن هذا التحكيم يكون وطنيا بالنسبة لدولة معينة وأجنبيا بالنسبة لبقية الدول، ولذلك يطلق عليه «تحكيم وطنى / أجنبى». وتحكيم أجنبى وهو التحكيم الذى يشتمل على عنصر أجنبى. ويرى أن الصفة الأجنبية هنا ليست المقابل للصفة الوطنية للتحكيم، وإنما هى فى الواقع مرادف لدوليته، ولذلك يطلق على هذا التحكيم «تحكيم أجنبى / دولى». وتحكيم دولى وهو التحكيم المنبت الصلة بالأنظمة القانونية الوطنية، ولذلك يطلق عليه «تحكيم دولى / طليق».

وانظر أيضا: د. مختار أحمد بريرى: التحكيم التجارى الدولى «دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٩ ومابعدها، بند ١٢. ويرى أن التحكيم يكون داخليا «وطنى» عندما يتعلق الأمر بعلاقة وطنية بحتة من حيث الأطراف وموضوع العلاقة ومكان التحكيم، ويأخذ بمعيار مكان التحكيم للتفرقة بين التحكيم الوطنى والأجنبى، ومعيار طبيعة النزاع للتفرقة بين التحكيم الوطنى والأجنبى من ناحية والتحكيم الدولى من ناحية أخرى.

(١) راجع:

FOUCHARD (Ph.), Quand un arbitrage ... Op. Cit., P. 61 etSS.

وانتهى هؤلاء إلى الأخذ بالتعريف الواسع للتحكيم الدولى. فيكون التحكيم دوليا عندما لا يخضع فى كل عناصره لدولة واحدة. فالطابع الدولى للتحكيم يمكن أن يظهر إذن على مستويين: فالتحكيم يكون دوليا بموضوعه، نظرا للطابع الدولى للنزاع الخاضع له، أو يكون دوليا بإجراءاته. ويكون التحكيم دوليا بإجراءاته عند إختيار قانون أجنبى أو اللجوء إلى مركز دائم أجنبى للتحكيم وتطبيق لائحته الإجرائية. أما بالنسبة لمكان التحكيم فلا يكون دائما معبرا فى هذا الصدد. وكذلك الأمر بالنسبة لجنسية المحكمين، حيث لا تكفى وحدها لإضفاء الصفة الأجنبية أو الدولية على التحكيم إذا كانت كل العناصر الأخرى تتصل بنفس الدولة. كذلك أيضا فإن اللجوء إلى سلطة قضائية أجنبية لتعيين المحكمين لا يكفى للقول بدولية أو أجنبية التحكيم. وبناء عليه يكون التحكيم دوليا أو أجنبيا بإجراءاته - طبقا لهذا الرأى-إذا كانت لها نقاط اتصال معبرة بالقدر الكافى مع أكثر من دولة أجنبية بحيث يكون من الممكن استبعاد القانون الداخلى للدولة.

وأخيرا، ذهب جانب من الفقه(١)، إلى اعتبار التحكيم وطنيا متى كانت كل عناصر موضوع النزاع الذى يحل بالتحكيم وطنية ويخضع هذا التحكيم للقانون الوطنى وحده. أما التحكيم الدولى الخاص فهو التحكيم الذى يهدف إلى حل المنازعات المالية ذات الطابع الدولى، أى المنازعات التجارية المشتملة على عنصر أجنبى. ويخضع هذا التحكيم كقاعدة عامة لسلطان إرادة الأطراف فيه. وهذا الحل هو الذى تبناه المشرع الفرنسى على نحو ما سنرى فيما بعد.

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٦٠ - ٦١، دولية التحكيم فى القانون المصرى ....، المرجع السابق، ص ١٤. ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه تقريبا، د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٢٧١ لسنة ١٩٧٩، ص ١٦. حيث يذكر أن التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص هو التحكيم فى المنازعة المتصلة بعلاقة ذات عنصر أجنبى.

٢ - الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية الاوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف عام ١٩٦١ على أنه «تنطبق الإتفاقية الحالية على: أ - اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات الناشئة أو التى تنشأ عن عمليات التجارة الدولية، بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التى يقع محل إقامتها أو مقرها فى دول متعاقدة مختلفة لحظة إبرام الاتفاق».

يتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية تشترط لكى يكتسب التحكيم الصفة الدولية أن تكون المنازعات المراد حلها بطريق التحكيم متعلقة بالتجارة الدولية. فالمعيار الرئيسى الذى تبنته الاتفاقية لاضفاء الصفة الدولية على التحكيم هو المعيار الاقتصادى أى أن يتعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية. بيد أن الاتفاقية لم تكتف بهذا المعيار وحده، بل اقتضت بالإضافة إلى ذلك توافر شرطا تكميليا وهو أن يقع محل إقامة الأطراف أو مقرهم فى دول مختلفة وذلك لحظة إبرام اتفاق التحكيم.

ويرى بعض الفقهاء(١) أن هذا المقتضى التكميلى، وهو إقامة الأطراف فى بلدين مختلفين، يكفى فى الغالب الأعم لإضفاء الطابع الدولى على التحكيم. فمنذ اللحظة التى لا يقيم فيها الطرفين فى نفس البلد، فإنه من الراجح أن روابطهما التعاقدية تتضمن انتقال للأموال أو السلع أو الخدمات يتجاوز الحدود الجغرافية لدولة واحدة، أى تتعلق بالتجارة الدولية.

وفيما يتعلق بنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، فإنه يتعين لكى يعرض النزاع على هيئة التحكيم التابعة للغرفة أن يكون النزاع ذا طابع

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage commercial international, J-CL, dr. int., Fasc. 585-1, No. 90.

دولى، أى يثير مصالح مرتبطة بأكثر من دولة. وإثارة مصالح مرتبطة بأكثر من دولة قد تعنى الاعتماد على المعيار الاقتصادى، بيد أن النص لم يقيد هذه المصالح بكونها مالية. كما أن الاعتداد بالطابع الدولى للنزاع يقصد به فى مفهوم القانون الدولى الخاص اشتمال النزاع على أى عنصر أجنبى(١).

هذا ولقد تبنت نفس المعيار قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى عام ١٩٧٦. إذ جاء بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٩٨/٢١ الصادر فى ١٥ ديسمبر لعام ١٩٧٦ أن «الجمعية العامة اعترافا منها بفائدة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية، ... توصى بتطبيق قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة القانون التجارى الدولى فى تسوية المنازعات الناشئة فى اطار العلاقات التجارية الدولية ....».

وهكذا، فإن مجال تطبيق هذه القواعد قاصر على التحكيم الذى يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن علاقات التجارة الدولية، أى المنازعات ذات الطابع الدولى الناشئة عن علاقة متضمنة عنصرا أجنبيا أو أكثر(٢).

أما بالنسبة للقانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥، فقد أخذ بعدة معايير لدولية التحكيم. فقد نصت المادة (٣/١) منه على أن «يكون التحكيم دوليا: أ - إذا كان مقر عمل طرفى اتفاق التحكيم، وقت إبرام هذا الاتفاق، واقعين فى دولتين مختلفتين أو ب - إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين: ١ - مكان التحكيم إذا كان محددا فى اتفاق التحكيم أو طبقا له ٢ - مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، دولية التحكيم فى القانون المصرى ....، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) فى نفس المعنى راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، دولية التحكيم فى القانون المصرى ....، المرجع السابق، ص ٩.

عن العلاقة التجارية أو المكان الذى يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

جـ - إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة».

يتضح من هذا النص أن التحكيم يكون دوليا - وفقا للقانون النموذجى - فى حالات ثلاث هى:

الحالة الأولى: إذا كان مقر عمل كل من الطرفين يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم.

الحالة الثانية: إذا كان مقر عمل كل من الطرفين يقع فى دولة واحدة وقت إبرام اتفاق التحكيم، بيد أن مكان التحكيم أو المكان الذى ينفذ فيه جزء جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة المبرمة بين الطرفين أو المكان الذى يوجد بينه وبين موضوع النزاع صلات أوثق يقع فى دولة أخرى.

الحالة الثالثة: إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم له صلات بأكثر من دولة واحدة.

ولقد تعرض هذا النص للنقد من قبل الفقه. فقد انتقد جانب من الفقه(١) - وبحق - التحديد الذى جاء به القانون النموذجى بأنه تحديد عشوائى، إذ أنه يتناول بضعة حالات تشتمل فيها العلاقة على عنصر أجنبى دون وجود تنسيق بينها. كما أنه تحديد تحكمى إذ يعتبر التحكيم دوليا عند اختلاف مقر عمل أطراف اتفاق التحكيم دون أن يعتبره كذلك عند اختلاف موطنهما مثلا. كما أن هذا التحديد يفتح الباب واسعا أمام الاختلاف لمعرفة مدى دخول التحكيم فى إطاره. من ذلك مثلا تحديد الدولة التى ينفذ فيها جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة. كذلك تحديد المكان الذى يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

---

(١) راجع: د. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٥٢ - ٥٤.

ولقد اعترض جانب آخر من الفقه(١) على إضفاء الطابع الدولى على التحكيم لمجرد تحديد مكان التحكيم فى بلد أجنبى، إذ هو أمر يخضع لإرادة الأطراف وحدها وهذا ليس كافيا لمنح التحكيم الصفة الدولية.

كما انتقد كذلك حالة اتفاق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم له صلات بأكثر من دولة واحدة. لأن القول بغير ذلك معناه السماح للأطراف بالاتفاق على دولية التحكيم دون أن يكون فى الحقيقة كذلك، وبالتالى السماح لهم بإضفاء الصفة الدولية على تحكيمات هى فى الحقيقة داخلية مما يترتب عليه التخلص من القيود التى تفرضها التشريعات الداخلية على التحكيمات الداخلية وإخضاعها لقواعد أكثر تحررا من القواعد التى تخضع لها التحكيمات الداخلية. وذلك معناه فى نهاية الأمر أننا نجيز للأطراف، إن لم يكن الغش نحو القانون La Fraude à la loi المختص طبيعيا، التهرب من أحكام هذا القانون وهو ما لا تبرره حاجات التجارة الدولية.

٣ - موقف بعض التشريعات الوطنية الحديثة:

تصدى قانون التحكيم الفرنسى الصادر فى ١٢ مايو لسنة ١٩٨١ لتحديد معيار دولية التحكيم. فنصت المادة (١٤٩٢) من هذا القانون على أن «يكون التحكيم دوليا إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية». وكما هو واضح من النص، لقد أخذ المشرع بمعيار اقتصادى فى تحديد دولية التحكيم. فالتحكيم الدولى هو التحكيم الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية. ومن ثم فإن دولية التحكيم لا تستمد إلا من العلاقة موضوع النزاع، فإذا كان العقد موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية، فإن التحكيم المتفق عليه لتسوية المنازعات الناشئة عنه يعد تحكيما دوليا.

ولم يعتد المشرع الفرنسى فى هذا الخصوص بالمعايير القانونية وهى

---

(١) راجع:
FOUCHARD (Ph.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc. 585-1, No. 91; La loi - type de la C.N.U.D.C.I., ... Op. Cit., P. 861, spéc. P. 872 etS.

جنسية الأطراف أو المحكمين أو محل إقامة كل منهم أو مكان إبرام العقد أو مكان التحكيم. فدولية التحكيم لا تعتمد على جنسية الأطراف أو المحكمين أو محل إقامة كل منهم، كما لا تعتمد على مكان التحكيم فكون الإجراءات تتم فى فرنسا لا يتعارض مع الطابع الدولى للتحكيم.

الخلاصة أن العبرة فى تحديد دولية التحكيم هى بكون الرابطة التعاقدية موضوع النزاع تتصل بأكثر من دولة واحدة. فمتى كانت الرابطة التعاقدية تتضمن انتقالا للأموال أو الخدمات أو المصالح عبر حدود أكثر من دولة أو تمس اقتصاد دولتين على الأقل فإنها تتعلق بمصالح التجارة الدولية. وكذلك الأمر بالنسبة للنزاع الناشىء عنها وبالتالى التحكيم المتفق عليه لتسوية هذه المنازعات.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المعيار الذى أخذ به المشرع الفرنسى يعد أوسع نطاقا من المعيار الذى أخذت به الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى، إذ أن القانون الفرنسى لم يشترط أن يقع محل إقامة الأطراف أو مقرهم فى دول مختلفة فى لحظة إبرام اتفاق التحكيم على نحو ما فعلت الاتفاقية الأوربية(١).

وإعمالا لهذا النص، قضت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ٥ أبريل لسنة ١٩٩٠(٢) بأنه لكى يكون التحكيم دوليا «يكفى فى هذا

---

(١) راجع فى التعليق على هذا النص:
DERAINS (Y.), Sources et domaine d'application du droit Français de l'arbitrage international, D.P.A.I.F., FEDUCI, Paris, 1984, PP. 8 - 9.; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai 1981, Clunet 1982, P. 377 etS.; Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc 585-1, No. 104 etS.

(٢) راجع الحكم منشور فى: Rev., Crit., 1991, P. 580.
ويذكر الحكم بالفرنسية:
«il suffit à cet égard que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les Frontières, la Nationalité des sociétés en cause, la -

الصدد أن تتضمن العملية الاقتصادية انتقالا للأموال أو الخدمات أو المصالح عبر الحدود. فى المقابل فإن جنسية الشركات المعنية، والقانون واجب التطبيق على العقد أو التحكيم وكذلك مكان التحكيم لا يكون له أى أثر فى هذا الشأن».

كما تصدى المشرع السويسرى فى قانون التحكيم الدولى الخاص الصادر عام ١٩٨٧ لتحديد معيار دولية التحكيم. فقد نصت المادة (١/١٧٦) من هذا القانون على أن «تنطبق نصوص هذا الفصل على كل تحكيم إذا كان مقر محكمة التحكيم يوجد فى سويسرا وإذا لم يكن لأحد الطرفين على الأقل موطن أو محل إقامة فى سويسرا».

يستفاد من هذا النص أن تطبيق النصوص الواردة فى الفصل الثانى عشر، المتعلق بالتحكيم الدولى، يتوقف على توافر شرطين هما: الأول أن يكون مقر محكمة التحكيم فى سويسرا، أى أن يجرى التحكيم فى سويسرا. وهذا الشرط بديهى وليس فى حاجة إلى أية إيضاح أو بيان. والثانى أن يكون التحكيم دوليا وذلك إذا لم يكن لأحد طرفى اتفاق التحكيم موطن أو محل إقامة فى سويسرا وذلك عند إبرام هذا الاتفاق. والعبرة فى تحديد موطن أو محل إقامة الطرفين بوقت إبرام اتفاق التحكيم، فلو كان للطرفين محل إقامة أو موطن فى سويسرا كان التحكيم داخليا، أما إذا كان محل إقامة أو موطن أحد الطرفين خارج سويسرا وقت إبرام اتفاق التحكيم كان التحكيم دوليا حتى ولو غير هذا الطرف محل إقامته أو موطنه فيما بعد إلى سويسرا. كما أن العبرة فى تحديد دولية التحكيم هى بكون وجود محل إقامة أو موطن أحد الطرفين فى الخارج دون إعتداد بجنسيته. فلو

- loi applicable au contrat ou à l'arbitrage ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants».

وراجع أيضا:

- Paris, 26 Avril 1985, Rev. Arb., 1985, P. 311, Note Mezger.
- Paris, 8 Décembre 1988, Rev. Arb., 1989, P. 111, Note. Pellerin.

كان اتفاق التحكيم مبرما بين سويسريين أحدهما متوطن أو له محل إقامة في سويسرا، والآخر في الخارج كان التحكيم دوليا. في حين أنه لو كان اتفاق التحكيم مبرما بين طرفين أجنبيين مقيمين في سويسرا كان التحكيم داخليا.

ومما تجدر الإشارة إليه أخيرا أن المشرع السويسري لم يعتد بالمعيار الاقتصادي الذي تبناه المشرع الفرنسي. فكون النزاع ناشئا عن علاقة يترتب عليها انتقال للأموال أو الخدمات أو المصالح عبر الحدود الدولية لأكثر من دولة لا يستتبع تطبيق النصوص المتعلقة بالتحكيم الدولي إذا لم يكن هذا النزاع قد نشأ بين طرفين يقيم أحدهما على الأقل خارج سويسرا.

ويرجع جانب من الفقه تفضيل المشرع السويسري لهذا المعيار إلى سببين: الأول أن المشرع السويسري قد فضل الأخذ بمعيار يتميز بالبساطة كما أنه معيار عملي بالمقارنة بمعيار الطبيعة الإقتصادية للعلاقة موضوع النزاع. الثاني أن المشرع قد أخذ في الاعتبار الواقع المتمثل في أن هناك العديد من العقود التي تبرم يوميا وبشكل لا يمكن حصره بين الشركات السويسرية والتي تثير مصالح التجارة الدولية، حيث أنه من غير المعقول إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العقود إلى نظام التحكيم الدولي لمجرد أنها تتعلق فقط بمصالح التجارة الدولية(١).

كما تصدى القانون الجزائري الجديد بشأن التحكيم رقم ٩٢ لسنة ١٩٩٢ لتحديد دولية التحكيم فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر من هذا القانون على أن «يعتبر دوليا - في حكم هذا الفصل - التحكيم الذي ينصب على منازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية. والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر في الخارج»(٢).

---

(١) راجع في ذلك:
LALIVE (P.), Poudret (J.F.) et REYMOND, (C.), Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, Payot, lausanne, 1989, P. 292 etS.

(٢) راجع نصوص هذا القانون منشورة في: Rev., Arb., 1993, P. 478.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائرى يشترط لدولية التحكيم توافر شرطين فى آن واحد، الأول أن يتعلق النزاع موضوع التحكيم بمصالح التجارة الدولية، والثانى، أن يكون موطن أو مقر عمل كل من الطرفين أو أحدهما على الأقل فى دولة أجنبية. وبهذا يكون المشرع الجزائرى قد تبنى فى تحديد الصفة الدولية للتحكيم معيارا مزدوجا: أحدهما اقتصادى وهو مستمد من القانون الفرنسى والآخر، قانونى وهو مستمد من القانون السويسرى(١).

وعلى ذلك لا يكفى أحد المعيارين وحده لوصف التحكيم بالدولية طبقا للقانون الجزائرى الحالى للتحكيم(٢).

كما تصدى المشرع المصرى فى قانون التحكيم الحالى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لتحديد معيار لدولية التحكيم، حيث نصت المادة الثالثة منه على أن «يكون التحكيم دوليا فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال الآتية:

أولا: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانيا: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثا: إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:
ISSAD (M.), le décret législatif Algérien du 23 Avril 1993 Relatif à L'arbitrage international, Rev. Arb., 1993, P. 379 etS.

(٢) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٥٢.

رابعا: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

أ - مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو اشار إلى كيفية تعيينه.

ب - مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

جـ - المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع».

يتضح من صدر هذه المادة أن المشرع المصرى قد تبنى نفس المعيار الذى سبق وأن تبناه المشرع الفرنسى ألا وهو المعيار الاقتصادى. فيكون التحكيم دوليا إذا ما تم الاتفاق على اللجوء إليه لحسم نزاع متعلق بالتجارة الدولية. ولكن المشرع لم يكتف بهذا المعيار الوارد فى صدر المادة المذكورة، بل أورد فى نفس المادة أربع حالات، استمد ثلاثا منها من القانون النموذجى، وهذه الحالات هى:

الحالة الأولى: حالة اختلاف مكان المركز الرئيسى لأعمال الطرفين، بحيث يكون لكل طرف مركز أعمال فى دولة مختلفة وذلك وقت إبرام اتفاق التحكيم. وتتوافر هذه الحالة ويكون التحكيم دوليا متى كان المركز الرئيسى لأعمال كل من الطرفين يقع فى دولتين مختلفتين دون الأخذ فى الاعتبار جنسية كل من الطرفين. فقد يكون الطرفان من جنسية واحدة، ويكون التحكيم دوليا. وقد يكون لكل منهما جنسية مختلفة، ومع ذلك لا يكون التحكيم دوليا إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل منهما يقع فى نفس الدولة. وهذه الحالة مأخوذة عن القانون النموذجى.

وقد تناول المشرع الفرض الذى تتعدد فيه مراكز أعمال كل من الطرفين، واعتد فى هذا الفرض بمركز الأعمال الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع. كما تناول الفرض الذى لا يوجد فيه مركز أعمال لأحد الطرفين، واعتد بمحل اقامته المعتادة.

الحالة الثانية: اللجوء إلى مركز أو منظمة دائمة للتحكيم: وطبقا لهذه الحالة، يكون التحكيم دوليا إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى منظمة أو مركز تحكيم دائم سواء كان مقره فى مصر أو فى الخارج كاللجوء إلى المركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة أو غرفة التجارة الدولية مثلا.

الحالة الثالثة: ارتباط موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم بأكثر من دولة: وتتوافر هذه الحالة، ويكون التحكيم دوليا إذا كان النزاع المراد حسمه بالتحكيم ناشئا عن رابطة تعاقدية تتضمن انتقالا للأموال أو السلع أو الخدمات عبر الحدود الجغرافية للدول، أى رابطة تعاقدية ذات طابع دولى لكونها تتجاوز حدود دولة واحدة.

وقد ذهب بعض الفقهاء(١) - وبحق - إلى أن اشتراط تعلق النزاع بالتجارة الدولية الوارد كمعيار عام فى صدر المادة يستوعب هذه الحالة، إذ يعنى تعلق النزاع بالتجارة الدولية، أنه نزاع ناشىء عن علاقة تتعدى الحدود الجغرافية لدولة واحدة.

الحالة الرابعة: إذا اتحد مركز أعمال الطرفين بأن كان فى دولة واحدة واتفق على أن يكون مكان التحكيم فى الخارج أو كان مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة خارج الدولة التى يوجد بها المركز الرئيسى للطرفين أو كان موضوع النزاع أكثر ارتباطا بمكان خارج هذه الدولة. وهذه الحالة تندرج ضمن الحالات الثلاث الواردة فى القانون النموذجى(٢).

---

(١) د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص٢٩؛ وأيضا د. أحمد شرف الدين، التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فى قانون التحكيم الجديد «معيار التمييز وأهميته» بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذى عقد فى فندق شيراتون القاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، ومؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس عام ١٩٩٥، ص ص ١٢ - ١٣.

(٢) راجع فى شرح هذه الحالات: د. سمير الشرقاوى، مفهوم الدولية والتجارية وفقا للقانون المصرى الجديد للتحكيم، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذى عقد بفندق شيراتون القاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر عام ١٩٩٤، ومؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس عام ١٩٩٥، ص ٦ ومابعدها، وأيضا: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ٥ ومابعدها. -

وبعد أن عرضنا للنص والمعايير التى أخذ بها لدولية التحكيم. يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

١ - أن التحديد الذى أورده المشرع تحديد عشوائى إذ أنه يتناول بعض الحالات التى تشتمل فيها العلاقة على عنصر أجنبى، وحالات أخرى لا تشتمل على أى عنصر أجنبى مثل حالة الاتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيم حتى ولو كان فى داخل الدولة.

٢ - بإمعان النظر فى الحالة الثانية التى أوردها المشرع، وهى حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم فى مصر أو فى الخارج، نجد أن موقف المشرع المصرى قد يتصف بالمصادرة على المطلوب، لأنه جعل من إحدى النتائج المترتبة على وصف الدولية أساسا لثبوت هذه الصفة. والمفروض أن يختص مركز التحكيم بحل النزاع لاتصافه بالطابع الدولى، لا أن يعتبر التحكيم دوليا لأن مركز التحكيم قد اختص به.

٣ - إن التحديد الذى أورده المشرع لدولية التحكيم يفتح الباب واسعا أمام الاختلاف. من ذلك مثلا: تحديد الدولة التى ينفذ فيها جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين، والمكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، والمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم(١).

٤ - إن صياغة نص المادة الثالثة لم تكن واضحة بالقدر الذى يمنع اللبس أو على الأقل يمنع الخلاف حول تفسيره. إذ أن نص المادة المذكورة بعد أن حدد معيار دولية التحكيم بكون موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية أورد حالات يكون فيها التحكيم دوليا وذلك بقوله «يكون التحكيم

= وأيضا: د. ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ١٨٢ ومابعدها.

(١) راجع فى ذلك: أستاذنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٥٦ ومابعدها، دولية التحكيم فى القانون المصرى ....، المرجع السابق، ص ١١ ومابعدها.

دوليا فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال الآتية: ....». وهذه الصياغة تحتمل أكثر من تفسير. ففى تفسير أول يمكن القول بأن المادة الثالثة قد تطلبت توافر شرطين لكى يكون التحكيم دوليا: الأول أن يكون موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية. والثانى أن تتوافر إحدى الحالات التى أوردها النص ذاته. وبناء عليه لا يكفى للقول بدولية التحكيم أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية أو أن تتوافر إحدى الحالات المنصوص عليها، بل يجب أن يتوافر الشرطان معا. وهذا هو التفسير الذى يميل إليه غالبية الفقهاء(١)، ممن علقوا على هذا النص.

وفى تفسير ثان يمكن القول بأن النص قد تبنى معيارا واحدا فقط هو المعيار الاقتصادى، أما الحالات التى أوردها النص فليست سوى تطبيقات لهذا المعيار أو مؤشرات على تحقق هذا المعيار.

ونحن من جانبنا لا نميل إلى الأخذ بالتفسير الأول، وذلك لسببين: الأول أننا لو أمعنا النظر فى الحالات التى أوردها النص - باستثناء الحالة الثانية وهى حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى منظمة أو مركز دائم للتحكيم فى مصر أو فى الخارج - نجد أنها ليست سوى تطبيقا لمعيار تعلق النزاع بالتجارة الدولية. فمما لا شك فيه أن النزاع الذى ينشأ عن علاقة تجارية مبرمة بين طرفين يقع مركز أعمال كل منهما فى دولتين مختلفتين (الحالة الأولى) يتعلق بالتجارة الدولية. كذلك الأمر عندما يتصل موضوع النزاع بأكثر من دولة (الحالة الثانية). وكذلك أيضا عندما ينشأ النزاع عن علاقة تجارية مبرمة بين طرفين يقع مركز أعمال كل منهما فى دولة واحدة، ولكن جانبا جوهريا من الالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة يتم

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٥٧، ٥٨ وأيضا د. أكثم الخولى، الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، ومؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس عام ١٩٩٥، ص ٦.

تنفيذه فى دولة أخرى أو أن موضوع النزاع يرتبط بدولة أخرى برابطة وثيقة (الحالة الرابعة). لأن النزاع فى مثل هذه الفروض يتصل بأكثر من دولة واحدة، وبالتالى يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

أما السبب الثانى - ويرتبط بالسبب الأول - فإن الأخذ بهذا التفسير يجعل من الحالات التى أوردها المشرع ترديدا لا معنى له، إذ أن هذه الحالات، وعلى نحو ما رأينا الآن، ليست سوى حالات يكون فيها النزاع متعلقا بالتجارة الدولية. ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة الثانية وهى حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى مركز أو منظمة تحكيم دائمة، لأن اللجوء إلى مركز أو منظمة تحكيم دائمة لا يفيد فى ذاته أن النزاع يتعلق بالتجارة الدولية. بل لعل إيراد المشرع لهذه الحالة هو ما دفع غالبية الفقهاء - على نحو ما رأينا - إلى الأخذ بهذا التفسير والقول بضرورة توافر شرطين معا هما أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية وأن تتوافر إحدى الحالات الواردة فى النص، وهو ما أفصح عنه بعضهم[١]. وذلك بقوله: «وعلى ذلك فلا يكفى - إذا لم يتعلق النزاع بالتجارة الدولية - أن يتفق الطرفان على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم فى الداخل أو الخارج». ونحن نرى أن إيراد المشرع لهذه الحالة يرجع إلى اعتقاده - والذى يجانب الصواب - بأن اللجوء إلى مركز أو منظمة دائمة للتحكيم يفيد اتصال النزاع بالتجارة الدولية.

كما أننا لا نميل إلى الأخذ بالتفسير الثانى، لأن الأخذ بهذا التفسير يعنى أنه يكفى لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم أن يتوافر المعيار الاقتصادى وحده وهو أن نكون بصدد نزاع يتعلق بالتجارة الدولية حتى وان لم تتوافر إحدى الحالات التى نص عليها المشرع. ومفاد ذلك فى نهاية الأمر اعتبار هذه الحالات واردة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، على نحو ما ذهب إليه بالفعل بعض الفقهاء[٢]. ونحن نرى أن مثل هذا التفسير لا يتفق مع صياغة النص والتى توحى بأن هذه الحالات وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال.

---

(١) راجع: د. أكثم الخولى، المرجع السابق، ص ٦.

(٢) انظر: د. على بركات، المرجع السابق، ص ٢١.

والراجح لدينا فى تفسير هذا النص أن المشرع قد اشترط لاتصاف التحكيم بالدولية أن يكون موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية، ثم حدد بعد ذلك متى يكون النزاع يتعلق بالتجارة الدولية وبالتالى يكون التحكيم المتعلق به دوليا. وبعبارة أخرى فإن المشرع بعد أن اشترط لكى يكون التحكيم دوليا أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، قد حدد المقصود بكون النزاع يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى صورة حالات نص عليها فى المادة الثالثة.

ومفاد هذا التفسير الذى نراه لنص المادة الثالثة أنه لكى يكون التحكيم دوليا وفقا للمادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى، لا يكفى أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية، بل يجب أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية حسب المفهوم الذى أخذ به المشرع ونص عليه فى هذه المادة: ونرى أن هذا التفسير هو الأقرب إلى قصد المشرع، كما أن الأخذ به يقلل من النتائج غير المقبولة التى تترتب على الأخذ بأى من التفسيرين السابق عرضهما على نحو ما سبق ذكره.

خلاصة القول أن التشريعات الوطنية التى تصدت للتفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى الخاص ووضع معيار للتمييز بينهما، لم تتخذ موقفا موحدا فى هذا الشأن. ففى حين أخذت بعض التشريعات بالمعيار الاقتصادى فاشترطت أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسى، أخذت بعض التشريعات الأخرى بمعيار قانونى يتمثل فى وقوع مقر أو محل إقامة أحد الطرفين على الأقل فى دولة أجنبية وذلك وقت إبرام اتفاق التحكيم، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع السويسرى. هذا فى حين أن فريقا ثالثا من التشريعات قد اتجه إلى الجمع بين كل من المعيارين السابقين، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الجزائرى. وبالنسبة للتشريع المصرى فقد أخذ بالمعيار الاقتصادى فاشترط أن يكون النزاع متعلقا بالتجارة الدولية، بيد أنه قد وضع مفهوما خاصا به للمقصود بهذا المعيار وذلك من خلال الحالات التى نص عليها فى المادة الثالثة منه.

رأينا الخاص:

نرى أن التحكيم ينقسم، من حيث النظام القانونى الذى يخضع له، إلى ثلاثة أنواع فقط لا رابع لها: التحكيم الداخلى، والتحكيم الدولى العام، والتحكيم الدولى الخاص(١).

١ - التحكيم الداخلى وهو التحكيم الذى يكون موضوعه حل نزاع ناشىء عن علاقة وطنية بحتة، أى علاقة تنتمى فى جميع عناصرها بدولة واحدة فالتحكيم الذى يكون موضوعه حل نزاع ناشىء عن عقد إبرم فى مصر وينفذ فيها بين طرفين يتمتعان بالجنسية المصرية ويوجد محل إقامتهما فيها يعد تحكيما داخليا ويخضع لأحكام القانون المصرى فى كل المسائل المتعلقة به بدءا من الاتفاق عليه وحتى صدور حكم التحكيم، بصرف النظر عن جنسية المحكمين أو مكان التحكيم. وإن كنا نرى أنه من الصعوبة بمكان أن يتفق الأطراف فى علاقة داخلية بحتة على اختيار محكمين من جنسيات أجنبية أو اختيار مكان التحكيم فى بلد أجنبى فهذه فروض نظرية بحتة أجهد الفقه نفسه فى مواجهتها ومحاولة إيجاد حلا لها مما أدى إلى وقوع الكثير منهم فى الحيرة والتردد على نحو ما رأينا.

كما أن التحكيم الداخلى هو ذاته ما يسمى بالتحكيم الوطنى. بيد أننا نفضل استخدام اصطلاح «التحكيم الداخلى» بدلا من استخدام اصطلاح «التحكيم الوطنى»، لأن صفة الوطنية يقابلها فى مسائل الجنسية صفة الأجنبية، ويبدو لنا أن اطلاق صفة الوطنية على التحكيم هو ما أوقع جانبا من الفقه - على نحو ما رأينا - فى اللبس وذلك بقولهم أن كل تحكيم وطنى بالنسبة لدولة معينة يعد أجنبيا بالنسبة لبقية الدول، وكأننا بصدد شخص يتمتع بجنسية دولة معينة فهذا الشخص يعد وطنيا بالنسبة لهذه الدولة ويعد فى نفس الوقت أجنبيا بالنسبة لبقية الدول، وهو ما أدى بهم فى النهاية إلى التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الأجنبى من ناحية والتحكيم الأجنبى والتحكيم الدولى من ناحية أخرى وهو ما لا نسلم به.

---

(١) فى نفس هذا التقسيم انظر: أستاذنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٦٠ - ٦١.

٢ - التحكيم الدولى العام: ويقصد به - كما سبق أن ذكرنا - التحكيم الذى يكون موضوعه تسوية المنازعات الدولية الناشئة بين الدول ذات السيادة وبشأن أمور تهم هذه الدول ويخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد القانون الدولى العام.

٣ - التحكيم الدولى الخاص: ويقصد به التحكيم الذى يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطابع الدولى وفقا للمفهوم المقرر فى القانون الدولى الخاص[١]. ومن ثم يخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بالتحكيم سواء القواعد الموضوعية أو قواعد تنازع القوانين.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التحكيم الدولى الخاص هو ذاته ما يسمى بالتحكيم الأجنبى أو التحكيم التجارى الدولى. بيد أننا نفضل استخدام اصطلاح «التحكيم الدولى الخاص» حيث يبدو لنا أنه أكثر دلالة على المعنى المقصود.

المبحث الثانى

تحديد نوعية التحكيم فى عقود البترول

مضت الإشارة إلى أن إخضاع المنازعات التى تنشأ عن عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول (أو الأجهزة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية للتحكيم يستلزم وجود اتفاق بين الأطراف على ذلك، وان هذا الاتفاق قد يتخذ صورة شرط تحكيم وارد فى العقد ذاته أو يتخذ صورة مشارطة تحكيم.

وفى ضوء هذه المسلمة البديهية، يمكننا التأكيد على أن التحكيم الذى يتفق عليه الأطراف لحسم المنازعات التى تثور بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم يعد، بدون شك، من قبيل التحكيم الاختيارى مادام أنه لم يكن مفروضا عليهم وإن إرادتهم قد اتجهت إليه وتم التعبير عنها فى صورة شرط تحكيم وارد فى العقد أو فى صورة مشارطة تحكيم.

---

(١) سوف نعرض لهذا المفهوم فى المبحث الثانى.

إلى جانب ذلك فإنه، باستقراء العديد من شروط التحكيم الواردة فى عقود البترول، يتضح لنا أن أطراف هذه العقود غالبا ما يتفقون على اللجوء إلى ما يسمى بالتحكيم الحر. إذ غالبا ما يتفق الأطراف على أن أى نزاع أو خلاف ينشأ بينهم يتم الفصل فيه بواسطة محكمين من اختيارهم، دون اللجوء إلى هيئة أو مركز دائم للتحكيم.

ولكن إذا كان اتباع أطراف هذه العقود لاسلوب التحكيم الحر هو الوضع الغالب، بيد أنه فى بعض الأحيان، يتفق الأطراف على أن أى نزاع أو خلاف ينشأ بينهم يتم الفصل فيه بطريق التحكيم طبقا لقواعد التحكيم السارية لدى مركز دائم للتحكيم. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢/٤٢) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيليبس الأمريكية عام ١٩٦٣ من أن «أى نزاع ينشأ بين فيليبس والمؤسسة ... يقوم بالفصل فيه ثلاثة محكمين طبقا للائحة التحكيم والمصالحة الخاصة بالغرفة التجارية الدولية ...»(١).

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (٥٠) من العقد المبرم بين موريتانيا وشركة المعادن الموريتانية (SOMINA) من أنه تحال المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الطرفين إلى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الإستثمار لعام ١٩٦٥(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد أن عقود البترول المبرمة بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية، بعد إنشاء المركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة، قد جرت على النص على حسم أى نزاع ينشأ بين الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات

---

(١) راجع: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٨٨٤.

(٢) انظر مع المزيد من الأمثلة:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 285 etSS. Spéc. P. 289.

الأجنبية بطريق التحكيم طبقا لقواعد تحكيم المركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة(١).

كما يتضح لنا أيضا من مراجعة العديد من شروط التحكيم المدرجة فى عقود البترول أن الوضع الغالب هو أن أطراف هذه العقود يتفقون على اللجوء إلى التحكيم طبقا لقواعد القانون ويستفاد ذلك من أمرين: الأول أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بصدد هذه العقود يأتى مطلقا دون أن يقترن بتفويض المحكمين صراحة سلطة الفصل فى النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف. وكما سبق أن رأينا فإن الأصل فى التحكيم هو التحكيم طبقا لقواعد القانون، وأن التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف هو الاستثناء، ومن ثم يجب أن يتفق الأطراف صراحة على الأخذ به وإلا اعتبر التحكيم المتفق عليه تحكيما بموجب قواعد القانون. والثانى أنه فى بعض الأحيان، قد يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وفى مثل هذه الحالات، فإن التحكيم المتفق عليه هو - بدون شك - تحكيم طبقا لقواعد القانون.

ولكن ليس معنى ذلك أن التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف لم يعرف طريقه إلى عقود البترول، فهناك بعض عقود البترول قد نصت صراحة على تفويض المحكمين سلطة الفصل فى النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف، من ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين موريتانيا وشركتى Planet Oil et Universal Corporation، فى ٢٩ يوليو عام ١٩٦٦ (المادة ١٨). وكذلك أيضا العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والمؤسسة الفرنسية للأبحاث والاستكشافات البترولية والمسماة إيراب فى عام ١٩٦٦ (المادة ٤١)(٢).

(١) راجع على سبيل المثال: المادة ٢٢ من العقد المبرم بين ج.م.ع.، والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (تابع) ١٢ مايو سنة ١٩٨٨) والمادة ٢٢ من العقد المبرم بين ج.م.ع. والهيئة .... وشركة أموكو للزيت المبرم فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية العدد ٢٦ (تابع) فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٨٨).

(٢) راجع مع المزيد من الأمثلة:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 86 etSS.

السؤال الهام الذى يثور الآن هو: تحت أى نوع من أنواع التحكيم يندرج التحكيم فى عقود البترول؟ هل يدخل في عداد التحكيم الدولى العام وبالتالى يخضع لأحكام هذا القانون؟ وإذا كانت الإجابة بالنفى، فهل يعتبر هذا التحكيم من قبيل التحكيمات الداخلية وبالتالى يخضع للنظام القانونى للدولة التى ينتمى إليها؟ أم أن هذا التحكيم يعد من قبيل التحكيمات الدولية التى تدخل فى إطار القانون الدولى الخاص ومن ثم تثير المسائل المتعلقة به تنازع القوانين وبالتالى يتعين تحديد القانون واجب التطبيق بشأنها؟

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغى أن نتعرض أولا لمدى اعتبار التحكيم فى عقود البترول تحكيما دوليا عاما، ثم نعرض ثانيا لمدى اعتبار التحكيم فى عقود البترول تحكيما داخليا أم تحكيما دوليا خاصا.

أولا: مدى اعتبار التحكيم فى عقود البترول تحكيما دوليا عاما:-

ذهب رأى فى الفقه(١)، وكذلك بعض أحكام التحكيم(٢)، إلى القول بأن هذا التحكيم يعد تحكيما دوليا بالمعنى الدقيق، أى تحكيما من التحكيمات التى تدخل فى نطاق القانون الدولى العام، ومن ثم يخضع هذا التحكيم لقواعد القانون الدولى العام.

بيد أن هذا القول مردود ولا يمكن الأخذ به. فإذا كان صحيحا أن هناك أوجه شبهة بين هذا النوع من التحكيم والتحكيم الدولى العام، إذ أن الدولة قد تكون طرفا فيه، كما أن الأطراف قد يتفقوا على أن يتم تعيين المحكمين بواسطة جهة دولية مثل محكمة العدل الدولية، أو يتفقوا على تطبيق القانون الدولى، بيد أن ذلك لا يكفى لاعتبار هذا التحكيم تحكيما

---

(١) انظر:

CATTAN (H.), the law of oil concession in the Middle East and North African, 1967, P. 152.

مشار إليه عند د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(٢) سوف نعرض لهذه الأحكام فى الفصل الأول (من الباب الثانى) المتعلق بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

دوليا عاما(١). وذلك لسببين: الأول أن التحكيم الدولى العام هو ذلك التحكيم الذى يحدث بين دولتين ذاتى سيادة. أى بين شخصين قانونيين مستقلين يخضعان فى علاقتهما للقانون الدولى العام. وكذلك أيضا التحكيم الذى يجرى بين المنظمات الدولية أو بين إحدى المنظمات الدولية وإحدى الدول(٢). ويعنى هذا أن التحكيم الدولى العام قاصر على التحكيم الذى يجرى بين أشخاص القانون الدولى العام. ولا يغير من هذه الحقيقة مجرد كون أحد طرفى التحكيم دولة ذات سيادة. فهذا الأمر لا يكفى لكى يضفى على التحكيم صفة التحكيم الدولى العام(٣).

فمجرد كون الدولة ذات السيادة (أو أحد فروعها) طرفا فى علاقة اقتصادية مع شركة خاصة لا يرفع التحكيم المتفق عليه بين الطرفين إلى

---

(١) انظر:
BASTID (S.), L'arbitrage international, J-CL. Dr. int., Fase, 245, No. 3.

حيث تذكر أن:
«bien que le compromis ou la clause compromissoire puisse prévoire l'application des règles de droit international, les arbitrages entre un État ou une administration publique et une personne moral étrangère ... no sont pas des arbitrages internationaux à proprement parler».

(٢) راجع:
BASTID (S.), L'arbitrage .... Op. Cit., J-Cl, Dr, int., Fasc, 242, No. 2.

حيث تذكر بالفرنسية أن:
«L'arbitrage international proprement dit intervient entre deux États souverains, C'est - à - dire entre deux entités indépendantes dont les rapports sont régis par le droit international public. il Faut en rapprocher l'arbitrage entre organisations internationales ou entre organisation international et État».

(٣) راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ١٧٣.

مصاف التحكيم الدولى العام ولا ينفى عن هذا التحكيم طابعه التجارى حتى وإن مارست هذه الدولة بعض امتيازاتها السيادية(١).

ولقد حرصت على تأكيد هذا المعنى اتفاقية لاهاى بشأن التسوية السلمية للمنازعات الدولية والمبرمة عام ١٩٠٧، فقد نصت المادة (٣٧) على أن: «التحكيم الدولى هو التحكيم الذى يكون موضوعه تسوية المنازعات بين الدول، بواسطة قضاة من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون. ويتضمن اللجوء إلى التحكيم تعهدا بالخضوع للحكم بحسن نية»(٢). وأهم ما يستفاد من هذا النص أن التحكيم الدولى العام أطرافه الدول، وأن موضوعه تسوية المنازعات الدولية التى تثور بين هذه الدول.

أما السبب الثانى فيتمثل فى أن اعتبار التحكيم فى عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو أجهزتها)، والشركات الخاصة الأجنبية تحكيما دوليا عاما يؤدى إلى نتائج غير مقبولة. فمن الصعوبة بمكان الاعتراف لمحاكم التحكيم التى تشكل للفصل فى المنازعات الناشئة عن هذه

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, Dr. int., Fasc 585-1, No. 65.

حيث يذكر أن:

«La présence d'un seul État (ou de son émanation), dans une relation économique ou il est opposé à une entreprise que a agi comme opérateur du commerce international n'enlève pas à l'arbitrage qui en résultera son caractère commercial, même si cet État a exercé ou prétend exercer, à cette occasion, certains de ses prérogatives souveraines».

(٢) راجع: د. إبراهيم العنانى، اللجوء إلى التحكيم الدولى، المرجع السابق، ص ٩، وقد ذكر النص بالفرنسية:

«L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États, par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence».

العقود بوصفها محاكم دولية بالمعنى الدقيق. كما يصعب الاعتراف لأحكام التحكيم التى تصدر عنها فى المنازعات الناشئة عن عقد بترول مبرم بين دولة (أو شخص عام تابع لها) وشركة أجنبية بوصفها أحكاما دولية حقيقية. فهذه المحاكم لم تشكل للفصل فى منازعات ناشئة بين دولتين ذاتى سيادة. كما أن أحكام التحكيم الصادر عنها لم تصدر فى نزاع قائم بين دولتين، بل تصدر فى نزاع قائم بين دولة أو أحد أجهزتها من ناحية، وشركة خاصة أجنبية من ناحية أخرى.

مجمل القول إذن أن التحكيم فى عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو الأجهزة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية لا يمكن اعتباره بمثابة تحكيم دولى عام يخضع لأحكام القانون الدولى العام(١).

ولكن إذا كان التحكيم فى عقود البترول لا يعد بمثابة تحكيم دولى عام، فإن التساؤل الذى يثور: هو تحت أى نوع من أنواع إذن يندرج هذا التحكيم. هل يمكن النظر إليه على أنه بمثابة تحكيم داخلى أم أنه يعتبر تحكيما دوليا يدخل فى نطاق القانون الدولى الخاص؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه الآن.

---

(١) انظر فى نفس المعنى: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٤٧٢، وانظر فى نفس المعنى بالنسبة للتحكيم فى العقود المبرمة بين الدول أو الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة بصفة عامة:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-CL, Dr. int., Fasc. 585-1, No. 59 etS. Spéc No. 64 et 65.; DEHAUSSY (J.), Op. Cit., P. 152, No. 119 et 120.

وأيضا:

GOLDMAN (B.), Les conflits de lois ..... Op. Cit., P. 356.

حيث ذكر عند تحديده لنطاق التحكيم الدولى فى مسائل القانون الخاص أن:

«On resterait dans ce domaine pourvu que l'une au moins des parties ne fut pas un État Souverain».

وأيضا:

LEDUCQ (X.), Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une entreprise privée étrangère. Thèse. Rouen. 1981, P. 370. -

ثانيا: مدى اعتبار التحكيم فى عقود البترول تحكيما داخليا أم تحكيما دوليا خاصا:

رأينا فيما سبق أن التحكيم الداخلى هو التحكيم الذى يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات الداخلية المحضة. وأن التحكيم الدولى الخاص هو التحكيم الذى يكون موضوعه تسوية المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطابع الدولى وفقا للمفهوم المقرر فى القانون الدولى الخاص.

فى ضوء هذا التحديد المتقدم، هل يتعين النظر إلى التحكيم فى عقود البترول على أنه تحكيم داخلى وذلك على أساس أن المنازعات موضوع هذا التحكيم والناشئة عن عقود البترول تعتبر منازعات ناشئة عن علاقات داخلية محضة، وبالتال يخضع هذا التحكيم للنظام القانونى الداخلى للدولة المتعاقدة أم أن هذا التحكيم، على العكس، يتعين النظر إليه على أنه بمثابة تحكيم دولى خاص على أساس أن المنازعات الناشئة عن عقود البترول تعتبر منازعات ناشئة عن علاقات ذات طابع دولى؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على تحديد ما إذا كان عقد البترول يعد عقدا داخليا أم أنه يعد من العقود ذات الطابع الدولى وفقا للمفهوم المتبع فى نطاق القانون الدولى الخاص. وهذا ما يقتضى بدوره التعرف على معيار العقد الدولى ومدى انطباقه على عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية.

وفى هذا الصدد، يمكن التأكيد بداية على أنه عندما يرتبط العقد فى جميع عناصره بدولة واحدة، فإن هذا العقد يعتبر من العقود الداخلية، ويخضع بالتالى لأحكام القانون الداخلى لهذه الدولة. فالعقد الذى يتم إبرامه فى دولة معينة بين طرفين يتمتعان بجنسية هذه الدولة ويقيمان فيها، كما يتم تنفيذه على إقليم هذه الدولة، يعتبر، بدون شك، عقدا داخليا(١).

- وأيضا:

BOISSESON (DeM.), le droit Françaís de l'arbitrage interne et international, Joly, Paris, 1991, PP. 421 - 422.

(١) انظر أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩١ - ١٩٩٢، ص ٥٤٧.

بيد أن الصعوبة تدق، والخلاف يثور، بالنسبة للعقد الذى لا يرتبط فى جميع عناصره بدولة واحدة، أى العقد الذى يشتمل على عنصر أجنبى أو أكثر، بأن كان العقد قد أبرم فى دولة أجنبية أو كان من المقرر تنفيذه فيها أو أبرم بين طرفين يتمتع أحدهما على الأقل بجنسية دولة أجنبية أو يقيم فيها. فهل هذا العقد يمكن النظر إليه على أنه بمثابة عقد ذى طابع دولى أم يتعين النظر إليه على أنه عقد داخلى؟ وبعبارة أخرى ماهو المعيار الواجب الإتباع لتحديد دولية العقد كشرط لإعمال قواعد القانون الدولى الخاص؟

لقد اختلف الفقه بشأن المعيار الواجب الاتباع لتحديد دولية العقد. ويمكننا فى هذا الصدد التمييز بين معيارين هما: المعيار القانونى، والمعيار الاقتصادى.

طبقا للمعيار القانونى، والمستقر لدى الفقه التقليدى، فإن العقد يعتبر دوليا إذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من دولة. وعلى ذلك يعد العقد دوليا متى كان أحد أطرافه على الأقل أجنبيا أو كان مستوطنا فى الخارج. ويعد العقد دوليا كذلك متى كان قد أبرم أو نفذ فى دولة أجنبية(١).

بيد أن جانبا من الفقه(٢) يرى عدم التسوية بين العناصر القانونية للعلاقة، وذهب إلى التفرقة بين العناصر المؤثرة والعناصر غير المؤثرة أو المحايدة فى العلاقة. فإذا ما اشتمل العقد على عنصر أجنبى غير مؤثر فإن ذلك لا يكفى لتوافر الصفة الدولية للعقد.

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل: أستاذنا الدكتور هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٩ ومابعدها، بند ٤٦ ومابعده.؛ وأيضا أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع المذكور أعلاه نفس الموضع.

(٢) راجع فى ذلك: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٦١ ومابعدها، بند ٤٨ ومابعده. ومن أنصار هذا الرأى انظر: د. أحمد صادق القشيرى، الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، عدد ٢١، ١٩٦٥، ص ٦٣ خصوصا ص ٧٦ ومابعدها.

ويشير أصحاب هذا الرأى إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا فى العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، ومن ثم فهى لا تصلح فى ذاتها أساسا لإضفاء الطابع الدولى على هذه العقود.

وعلى ذلك فإن الأجنبى الذى يشترى سجائر أو جريدة يبرم عقدا من عقود القانون الداخلى. ذلك أن جنسيته عنصر سلبى غير مؤثر فى تكييف الرابطة العقدية، وبالتالى تسرى أحكام القانون الداخلى إبتداء حتى فيما يتعلق بأهليته(١).

ونحن لا نتفق مع ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأى. ونرى مع جانب من الفقه(٢) أن جنسية المتعاقد فى الأمثلة التى عرضها أصحاب الرأى السابق ليست هى التى تعتبر عنصرا سلبيا لا يؤثر فى تكييف الرابطة العقدية بل إن تفاهة قيمة المعاملات السابقة هى التى تعد كذلك. ونرى أن المعاملات التافهة القيمة كما هو الحال بالنسبة لعملية شراء السجائر أو الجرائد. من غير المتصور أن يثور بشأنها نزاعا أمام القضاء. وبالتالى لن تكون هناك حاجة أصلا للبحث عن ما إذا كانت هذه المعاملات دولية أم داخلية.

ومجمل القول أنه طبقا للمعيار القانونى فإن العقد يعتبر دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبى.

وطبقا للمعيار الاقتصادى(٣) فإن العقد الدولى هو العقد الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية. أى العقد الذى يترتب عليه انتقال للأموال عبر حدود أكثر من دولة.

ولقد ذهب جانب من الفقه(٤). وبحق. إلى أن المعيار الاقتصادى

---

(١) انظر: د. أحمد صادق القشيرى، الاتجاهات الحديثة .... المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

(٣) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق .... المرجع السابق، ص ٨٢ ومابعدها، بند ٦٥ ومابعده.

(٤) انظر: د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق .... المرجع السابق، ص ٨٤، بند ٦٥ مكرر. ومع ذلك يرى سيادته أنه إذا كان توافر المعيار الاقتصادى يفضى لزوما إلى تحقق المعيار القانونى لدولية العقد فإن العكس غير صحيح. إذ قد =

لدولية العقد لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني. ذلك أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى، والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية على هذا النحو، وهو ما يتحقق معه المعيار الاقتصادي لدوليتها، هي رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني في نفس الوقت.

على أية حال وأيا كان المعيار الواجب الاتباع سواء أكان المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي، فإنه يبدو لنا أن عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية تعتبر، طبقا لأي من هذين المعيارين المذكورين، من العقود ذات الطابع الدولي التي تدخل في إطار القانون الدولي الخاص.

فمن ناحية أولى، فإن عقود البترول تشتمل على عنصر أجنبي، ويتمثل هذا العنصر في جنسية الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة (أو أحد الأجهزة التابعة لها). فقد سبق أن رأينا - عند دراسة أطراف عقد البترول - أن هذه العقود غالبا ما تبرم بين الدول المنتجة للبترول أو الأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية. وعلى ذلك تعتبر عقود البترول عقودا ذات طابع دولي إعمالا للمعيار القانوني.

ومن ناحية ثانية، فإن عقود البترول تتعلق بمصالح التجارة الدولية، إذ يترتب على هذه العقود، بدون شك، انتقال للأموال أو البضائع أو السلع عبر الحدود الجغرافية لأكثر من دولة. فقد سبق أن رأينا أن الشركات الأجنبية المتعاقدة لها الحق في استيراد كل ما تحتاج إليه من معدات وآلات وأجهزة وغيرها من السلع اللازمة لتنفيذ العمليات موضوع العقد. كما أن لها

- تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة. ويحدث ذلك في كافة الفروض التي تتطرق فيها الصفة الأجنبية إلى عنصر غير مؤثر في الرابطة العقدية ،كما هو الشأن بالنسبة لعنصر الجنسية في عقود المعاملات المالية. انظر نفس المرجع المذكور، ص ٨٨، بند ٦٧.

الحق فى تصدير البترول المنتج ومشتقاته وفقا للمعدلات والنسب المنصوص عليها فى العقد. هذا إلى جانب الأهمية الاقتصادية للثروة البترولية محل التعاقد على نحو ما سبق بيانه. وعلى ذلك، تعتبر عقود البترول هذه عقودا ذات طابع دولى إعمالا للمعيار الاقتصادى لدولية العقد.

النتيجة التى يمكن أن نصل إليها من ذلك كله هى أن التحكيم المتفق عليه لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود يعتبر تحكيما موضوعه تسوية منازعات ناشئة عن علاقة تتعلق بمصالح التجارة الدولية، أى تحكيم دولى يدخل فى نطاق القانون الدولى الخاص(١). ومن ثم فإن هذا التحكيم يخضع لقواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بالتحكيم سواء القواعد الموضوعية أو قواعد تنازع القوانين، وذلك على نحو ما سنرى أثناء هذه الدراسة.

---

(١) انظر فى نفس النتيجة بالنسبة للعقود المبرمة بين الدول (أو الأشخاص العامة) والأشخاص الخاصة بصفة عامة:

FOUCHARD (Ph.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, Dr. int., Fasc 585-1, No. 59 etS.; QUND un arbitrage ..., Op. Cit., P. 60. GOLDMAN (B.), les conflits de lois ...., Op. Cit., P. 356.; BOISSESON (M.), Le droit Français ..., Op. Cit., PP. 421 - 422.; LEDUCQ (X.). Op. Cit., P. 370.

الفصل الثانى

العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول

تمهيد وتقسيم:

يثور التساؤل عن العلاقة التى تربط بين عقد البترول الذى يثار بمناسبته النزاع وبين الاتفاق على التحكيم بصدده، وما إذا كانت هذه العلاقة علاقة تبعية أم علاقة استقلال، والآثار المترتبة على هذه العلاقة.

وتبرز الحاجة إلى بحث مسألة العلاقة بين العقد واتفاق التحكيم والآثار التى تترتب عليها فى فرضين: فقد تثور هذه المسألة - وهو الوضع الغالب - عند التمسك ببطلان العقد أو فسخه أو انقضائه. ففى هذا الفرض يثور التساؤل عن مدى تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، فهل يمتد البطلان أو الفسخ أو الانقضاء إلى اتفاق التحكيم أم أنه يظل بمنأى عن ذلك(١).

كما تثور مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد فى فرض معاكس للفرض الأول، وذلك عندما يتمسك أحد الأطراف بعدم صحة اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه. وفى هذا الفرض يثور التساؤل عن مدى تأثر العقد بما لحق اتفاق التحكيم من بطلان(٢).

---

(١) راجع فى نفس المعنى:
Lalive (P): Problèmes relatifes `a l´arbitrage ..... Op. Cit., PP. 591, 592., David (R), L´arbitrage dans le commerce international, économica, Paris, 1982, P. 265, No 209.
وانظر أيضا: د. محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا فى القانون الخاص، حقوق القاهرة، ٧٣ - ١٩٧٤، ص ١١٨، بند ١١٧. د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٧٩. د. حفيظة الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ص ٢١.

(٢) د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٧٩. د. حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة ......، مرجع سابق، ص ٢١.

فلو ان عقد البترول المتضمن لشرط التحكيم اصابه أحد أسباب البطلان أو لحق به أحد أسباب الفسخ أو الإنقضاء، فهل يمتد هذا البطلان أو الفسخ أو الانقضاء بالضرورة إلى شرط التحكيم الذى يتضمنه. والعكس أيضا، فلو أن شرط التحكيم الوارد فى عقد البترول قد لحق به البطلان بسبب خاص به، فهل يؤثر بطلان شرط التحكيم على صحة هذا العقد؟

إذا قيل بأن العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول الذى يتضمنه أو يتعلق به علاقة تبعية فمعنى هذا أن اتفاق التحكيم يتأثر بما قد يصيب عقد البترول الوارد فيه أو المتعلق به من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء. وإذا قيل باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذى اتفق على اللجوء إلى التحكيم بصدده، فمعنى ذلك أن أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء التى قد تلحق بالعقد لا تؤثر على اتفاق التحكيم.

قد يبدو من المنطقى القول بأن شرط التحكيم الوارد فى العقد يتأثر حتما بما قد يلحق بالعقد من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، وذلك على أساس أن هذا الشرط يعد جزءا لا يتجزأ من العقد. بيد أن الأمر ليس بهذه البساطة، فالعقد الواحد يمكن أن يكون باطلا فى جزء منه وصحيحا فى جزء آخر، على نحو ماهو معروف فى فقه القانون المدنى بنظرية البطلان الجزئى للتصرفات القانونية(١).

وفى الواقع أن العقد المدرج به شرط للتحكيم ينطوى على اتفاقين فى نفس الوقت، أحدهما وهو العقد، ويعنى بتحديد حقوق والتزامات الأطراف، والآخر وهو الاتفاق على التحكيم، ويهدف إلى تسوية المنازعات التى تثور بمناسبة تنفيذ وتفسير العقد(٢). فشرط التحكيم، على

---

(١) انظر:

Forssius (G.), L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois, Rev. arb., 1955, P. 16.

(٢) انظر:

Forssius (G), Op. Cit., P. 160 - aussi, Fouchard (Ph.) L'arbitrage comercial international, Op. Cit., P. 67, No. 114.

حيث يذكر أن:

«La clause compromissoire, Véritable contrat dans un contrat ...».

حد قول بعض الفقهاء. هو عبارة عن شرط يتولى تحديد الجهة المختصة بالفصل فى النزاع Une clause attribution de compétence(١).

وإذا أخذنا فى الاعتبار وظيفة وموضوع شرط التحيكم. وهو حسم المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد، أو بتعبير أدق عن بقية شروط العقد، فإن ذلك يؤدى بنا إلى القول بالطابع المستقل والمتميز لشرط التحكيم، وذلك على الرغم من الصلة المادية المحضة التى تربطه بالعقد(٢).

على أية حال. وأيا كانت المبررات التى يمكن أن تساق فى هذا الصدد، فان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الذى يتضمنه أو يتعلق به والآثار المترتبة عليه. يعد حاليا من المبادىء المستقرة فى مسائل التحكيم الدولى الخاص. ونعرض تباعا لمبدأ الاستقلال ذاته، ثم للآثار المترتبة عليه كل فى مبحث مستقل. وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

المبحث الثانى: الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

---

(١) انظر: Forssius (G), Op.Cit., P. 16.

(٢) انظر كلا من:

Lalive (P.), Problèmes relatife ....., Op. Cit., PP. 591 - 592.

Klein (F.E.), Du caractère autonome et procedural de la clause compromissoire, dissociation de la nullité de cette clause de celle du contrat principal,. Rev. Arb., 1961, P. 51. et, Rev. Crit., 1961, P. 507.

حيث يذكر أن:

«En raison du rôle essentiel revenant alors à la clause compromissoire il nous semble certain que c'est au contraire l'indépendance de cette clause qui doit être régulièrement présumée».

المبحث الأول

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

إن دراسة مسألة استقلال اتفاق التحكيم تتطلب التعرض لموقف كل من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، ثم موقف أحكام التحكيم من هذا المبدأ. وهذا ما سنعرض له تباعا.

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية:

لم يتضمن كل من بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣، واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧، واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١، بشأن التحكيم التجارى الدولى، أى نص يقرر صراحة استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى المتعلق به.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه(١)، إلى القول بأن اتفاقية نيويورك قد قننت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى. واستند فى ذلك إلى ما تضمنته المادة الثانية من الاتفاقية من قواعد تقضى بالزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التى اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، وإحالتهم الى التحكيم للفصل فيها.

ويبدو لنا أن مثل هذا التفسير للمادة الثانية من اتفاقية نيويورك يعد تفسيرا مغالا فيه، حيث أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. وإذا كان نص المادة الثانية، التى نحن بصددها، قد أوجب على الدول الأعضاء الاعتراف باتفاق التحكيم، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التى اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، بيد أنها لم تتضمن أية إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق فى حالة بطلان العقد الأصلى أو فسخه أو انقضائه. وبمعنى آخر فإن هذه المادة لم تتضمن أى بيان بشأن

---

(١) انظر: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ١٤٦ ومابعدها، بند ٨٨ وما بعده.

مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى وعدم تأثره بما قد يلحق بهذا الأخير من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء(١). وهذا ما أقر به أنصار هذا الرأى بقولهم أن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، وان لم تكن قد تعرضت صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم وآثاره القانونية، إلا أنها أعطته قوة لم تكن له من قبل(٢).

كما ذهب جانب آخر من الفقه(٣)، إلى القول بأنه يمكن أن نستخلص من المادة (٥/١-أ) من هذه الاتفاقية، والتى تنص على أنه يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إذا استطاع الطرف المتمسك ضده بالحكم أن يقدم الدليل على أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا طبقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو قانون البلد التى صدر فيها الحكم فى حالة عدم وجود أى بيان من قبل الأطراف فى هذا الصدد، إن اتفاقية نيويورك تقر امكانية إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون مختلف عن ذلك الذى يحكم العقد الأصلى، ومن ثم تكون الاتفاقية قد قبلت ضمنا الاعتراف لاتفاق التحكيم بنظام قانونى مستقل، وبالتالى قبول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى.

ويبدو لنا أن تفسير المادة (٥/١-أ) من اتفاقية نيويورك(٤) على هذا النحو المتقدم يعد تفسيرا غير مقنع، حيث أن هذا النص يتعلق بحالات

---

(١) انظر فى نفس المعنى: استاذنا الدكتور ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٩٨ - ٩٩.

(٢) راجع د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ١٦٤، بند ١٠٣.

(٣) انظر فى هذا الرأى:
Goldman (B.), Arbitrage ....., Op. Cit., J-Cl, Dr. Int., Fasc 586-1, NO 21.

(٤) راجع فى تفسير هذا النص استاذنا الدكتور ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٢٦٦ ومابعدها. وانظر لسيادته أيضا تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد ٣٧، ١٩٨١، ص ٥٠ ومابعده.

رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه وإذا كان قد عرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو أمر طبيعى لأن اتفاق التحكيم يمثل جوهر التحكيم وبالتالى أساس حكم التحكيم نفسه، فإنه لم يتضمن أى بيان بخصوص القانون الذى يحكم العقد الأصلى حتى يمكن القول بأن اتفاقية نيويورك قد أقرت مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى فيما يتعلق بالنظام القانونى الذى يحكمه.

كذلك أيضا لم تتضمن الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى، والتى تم التوقيع عليها فى جنيف فى ٢١ ابريل ١٩٦١ نصا يقرر صراحة استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى. ومع ذلك ذهب جانب من الفقه(١) إلى القول بأن نص المادة (٥/٣) من هذه الاتفاقية، والذى يعطى للمحكم سلطة الفصل فى اختصاصه، وفى وجود أو صحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذى يعد اتفاق التحكيم جزءا منه، لا يكرس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بشكل ضمنى فقط من خلال تكريسه لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه، بل أن هذا النص يؤكد أيضا على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك بنصه على أن للمحكم سلطة الفصل فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذى يتضمنه وهو ما يعنى أن وجود أو صحة كلا منهما تقدر على نحو منفصل.

= وانظر أيضا د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولى الاتفاقى والقانون المقارن، بحث مقدم إلى المؤتمر الثانى للتحكيم التجارى الدولى والذى عقد بفندق هيلتون رمسيس فى ١٩٩٥/٧/١، ص ١٨ ومابعدها.

(١) أنظر:

Goldman (B.): Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc, 586-1, No 23.

حيث ذكر أن:

«Cette disposition ne consacre pas l'autonmie de la convention d'arbitrage de manière seulement implicite, Par la consécration expresse de la Kompetenz Kompetenz, on peut penser qu, elle la confirme aussi en prévoyant que l'arbitre a le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité de convention d'arbitrage ou du contrat principal, ce qui signifie que l'existence ou la validité sont appréciées séparement pour ces deux contrats».

ويبدو أن هذا التفسير مغالا فيه، ويقوم على الخلط بين مبدأين مستقلين هما: مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى. حيث أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعنى أن يكون من سلطة المحكم الفصل فى اختصاصه عند المنازعة فيه، سواء كانت المنازعة فى اختصاصه تنصب على وجود اتفاق التحكيم أو صحته، أو على وجود العقد الأصلى أو صحته. بينما يعنى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بما قد يلحق العقد الأصلى من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء. فاتفاق التحكيم يظل صحيحا ونافذا حتى وان كان العقد الأصلى باطلا أو تم فسخه أو انقضاؤه.

وبعد هذا الإيضاح المتقدم، يمكننا التأكيد على أن المادة الخامسة (الفقرة الثالثة) من هذه الاتفاقية تتعلق فقط بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه، ولذلك كان طبيعيا أن ترد تحت عنوان عدم الاختصاص التحكيمى «déclinatoire de compétence arbitrale». ولم تتضمن أى بيان بشأن استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى. وإذا كانت هذه المادة قد حرصت على النص صراحة على اختصاص المحكم بالفصل فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذى يتضمنه، فذلك يعد تدعيما وتأكيدا لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه فى مثل هذه الأحوال، وليس تقريرا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذى يتضمنه.

كما يبدو أيضا أنه من غير الممكن أن نستخلص من النص على اختصاص المحكم بالفصل فى مسألة وجود أو صحة العقد أنه يقرر فى نفس الوقت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. فلو أن واضعى النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى النص ما يفيد بأن المحكم، إلى جانب أن له سلطة الفصل فى مسألة وجود أو صحة العقد الأصلى، يظل مختصا حتى إذا ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلى أو بطلانه على نحو ما فعلت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية كما سنرى. ففى هذا الفرض فقط كان من الممكن القول بأن النص يقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن اتفاقية البنك الدولى للإنشاء والتعمير والموقعة فى واشنطن فى ١٨ مارس ١٩٦٥، والتى أنشأت المركز الدولى لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لم تتضمن نصا يؤكد صراحة على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى.

وعلى عكس الاتجاه الذى اتخذته الاتفاقات الدولية والتى لم تنص صراحة على الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى، فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم قد أخذت به ونصت عليه صراحة العديد من القوانين الوطنية، وكذلك أحكام القضاء الوطنى، وهو ما نعرض له الآن.

ثانيا: موقف القوانين الوطنية:

أخذت معظم التشريعات الحديثة التى صدرت مؤخرا بشأن التحكيم بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى. ولقد جاء القانون المصرى الجديد للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معبرا فى هذا الخصوص. فقد نصت المادة (٢٣) من هذا القانون على أنه «يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته».

وكما هو واضح من النص، فإن المشرع المصرى فى قانون التحكيم الجديد لم يكتف بالنص صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم ذاته، بل حرص كذلك على النص صراحة على عدم تأثر شرط التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلى الوارد فيه من بطلان أو فسخ أو إنهاء، وهى أحد الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. وبذلك يكون المشرع المصرى قد وضع حدا للخلاف(١)، الذى كان سائدا حول مدى استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه.

---

(١) راجع فى ذلك الخلاف، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ١٧٠ ومابعدها، بند ٦١ ومابعده. وكذلك د. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ٩٢، ٩٤.

وقد سار في نفس الاتجاه أيضا قانون التحكيم الصادر في إقليم الكيبك Quebec بكندا في عام ١٩٨٦، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة (١٩٢٦) من هذا القانون على أن «يعد اتفاق التحكيم الوارد في العقد اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، كما أن تقرير المحكمين ببطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم»(١).

وكذلك الأمر أيضا بالنسبة للقانون الأيرلندى الجديد بشأن التحكيم الصادر في عام ١٩٨٨، حيث حرصت المادة (١٠٥٣) منه على إبراز أن اتفاق التحكيم يعد اتفاقا مستقلا عن العقد الوارد فيه أو المتعلق به، وذلك قبل أن تعترف لمحكمة التحكيم بالسلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم، وذلك بنصها على أن «يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة اتفاق مستقل، ولمحكمة التحكيم سلطة الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكيم جزءا منه أو مرتبطا به»(٢).

وإلى جانب التشريعات السابق بيانها، والتي نصت على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم على نحو مباشر، فإن هناك بعض التشريعات الحديثة قد نصت على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، بشكل غير مباشر، وذلك من خلال

---

(١) فقد جاء في نص هذه الفقرة:

«Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nulité du contrat par les arbitres n'entraine Pas de Plein droit la nulité de la convention d'arbitrage».

انظر في ذلك:

Thuilleaux (Sabine), La loi de 1986 Sur l'arbitrage au Quebec, R.D.A.I., 1988, P. 905 etSS. Spéc. P. 924.

(٢) فقد نصت المادة على أن:

«La convention d'arbitrage est considérée et jugée comme constituant une convention autonome. Le tribunal arbitral a le Pouvoir de statuer sur la validité du contrat principal dont la convention d'arbitrage fait partie ou a laquelle elle se rapporte».

راجع نصوص هذا القانون منشورة في:

Rev. Arb., 1988, P. 349.

تأكيدها على عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلى الوارد فيه، وهو ما يعد بمثابة إقرار لمبدأ استقلالية شرط التحكيم تجاه العقد الذى يتضمنه. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون السويسرى الجديد بشأن التحكيم الدولى الخاص الصادر فى عام ١٩٨٧، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٧٨) من هذا القانون على أنه «لا تجوز المنازعة فى صحة اتفاق التحكيم بدعوى أن العقد الأصلى ليس صحيحا»(١). وكذلك قانون التحكيم الجزائرى الجديد الصادر فى ٢٥ ابريل ١٩٩٢، والذى نصت المادة ٤٥٨ مكرر (١) منه على أنه «لا تجوز المنازعة فى صحة اتفاق التحكيم بالاستناد فقط على عدم صحة العقد الأصلى»(٢).

وفى نفس الاتجاه يمكن أن نذكر أيضا المادة الثامنة من قانون التحكيم الأسبانى الجديد رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨، فقد نصت هذه المادة على أن

---

(١) فقد جاء فى نص هذه الفقرة أن:

«La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable».

انظر:

Lalive (P.), Poudret (J.F.), et Reymand (C.) Op. Cit., P. 312.

وانظر ايضا:

Lalive (P.) et Gaillard (E.), Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse, Clunet 1989, P. 905 etSS. Spéc. P. 930.

(٢) ويقول النص بالفرنسية:

«La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contesté pour le seul motif que le contrat principal ne serait pas valable».

راجع نصوص هذا القانون منشور فى:

Rev. arb. 1993, P. 478 etS.

وفى التعليق على هذا القانون انظر:

Issad (M.), Le décret législatif ....., Op. Cit., P. 377 etSS. Spéc. P. 387.

«بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به»(١).

وإذا كان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الوارد فيه أو المتعلق به قد نصت عليه صراحة معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم على نحو ما رأينا، فإن هذا المبدأ قد أقره القضاء فى العديد من الدول الأخرى.

ففى فرنسا مثلا، جاء قانون التحكيم الصادر فى ١٢ مايو لعام ١٩٨١ والخاص بالتحكيم الدولى خاليا من أى نص يقرر الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. بيد أن تقرير رئيس الوزراء المتعلق بهذا القانون قد أوضح أن النصوص الجديدة بشأن التحكيم الدولى لا تتعلق إلا بالإجراءات ولا تنال من المبادىء التى أرستها محكمة النقض فيما يخص النظام القانونى للتحكيم الدولى، وبصفة خاصة فيما قضت به من حيث استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره ببطلان العقد الأصلى(٢).

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الشهير فى قضية Gosset الصادر فى ٧ مايو ١٩٦٣ إلى أنه «فى مجال التحكيم الدولى، فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرما على نحو منفصل أو كان مدرجا فى التصرف القانونى المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانونى كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان، إلا فى بعض الظروف الاستثنائية»(٣).

---

(١) ويقول النص بالفرنسية:

«La nullité d'un contrat n'entrainera pas de plein droit celle de la convention d'arbitrage accessoire».

راجع نصوص هذا القانون فى:

Rev. arb. 1989, NO. 2, P. 353.

(٢) راجع هذا التقرير فى: Rev. arb., 1981, P. 461 etSS.

(٣) ويقول الحكم بالفرنسية:

«En matière d'arbitrage international, L'accord Compromissoire, qu'il Soit conclu séparement Ou inclu dans L'acte juridique auquel il a trait présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il Puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte».

ومنذ صدور هذا الحكم، توالت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسى والتى تؤكد على هذا المبدأ. فقد أكد حكم محكمة استئناف كولمار الصادر في ٢٩ نوفمبر عام ١٩٦٨ فى قضية Impex(١) على هذا المبدأ. وذلك بعبارات مرادفة لتلك التى استخدمتها محكمة النقض فى حكمها الصادر فى قضية Gosset. وقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة استئناف كولمار المذكور فى حكمها الصادر فى ١٨ مايو عام ١٩٧١(٢) فى نفس القضية. ففى هذا الحكم، قضت بأن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانونى كامل فى القانون الدولى الخاص الفرنسى، وبناء عليه رفضت الطعن الموجه ضد حكم محكمة إستئناف كولمار.

وقد أتيحت الفرصة لمحكمة النقض للتأكيد على هذا المبدأ فى العديد من القضايا الأخرى، ففى حكمها الصادر فى قضية Hecht فى ٤ يوليو عام ١٩٧٢(٣)، قضت بأن «اتفاق التحكيم فى مسائل التحكيم الدولى، يتمتع بالاستقلال الكامل». وفى حكمها الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة

- راجع هذا الحكم فى: Rev. Arb., 1963, P. 60.

وفى التعليق عليه انظر:

Motulsky (H.), Écrits, études et notes sur L'arbitrage, Dalloz, 1974, P. 340 etSS.

(١) انظر هذا الحكم فى: Rev. Arb., 1968, P. 149.

(٢) فقد جاء فى هذا الحكم أن:

«La clause compromissoire étant juridiquement autonome en droit international privé Français ...».

راجع الحكم:

Cass. Civ., 18 Mai, 1971, Rev. Arb., 1972, P. 2, Note Ph. Kahn.

(٣) إذ يذكر الحكم:

«en matière d'arbitrage international, L'accord compromissoire présente une complète autonomie».

راجع الحكم:

Cass. Civ., 4 Juillet 1972, Rev. Arb., 1974, P. 89, clunet. 1972, P. 843, Note, B. Oppetit.

١٩٨٢ فى قضية Droga[١] قضت بأنه «فى مجال التحكيم الدولى، يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه العقد».

وقد ذهب الفقه الفرنسى[٢] إلى القول بأن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى يعد قاعدة موضوعية فى القانون الفرنسى للتحكيم الدولى، وليس قاعدة تنازع. وبعبارة أخرى، فإنه وفقا للقانون الفرنسى، فإن اتفاق التحكيم الدولى، يعتبر اتفاقا مستقلا عن العقد الأصلى أيا كان الحل الذى يتبناه القانون الأجنبى المحتمل التطبيق على هذا العقد، وأيا كان الحل الذى يتبناه القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته.

وإذا كان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم قد أقرته القوانين الوضعية

---

(١) حيث يذكر الحكم:

«En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire présente une complète autonomie par rapport au contrat».

راجع الحكم:

Cass. Civ., 14 décembre 1983, Rev. arb. 1984, No. 4, P. 483, Note, M.C. Rondeau - Rivier.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, Dr. int., Fasc 586-1, No. 8.

فقد ذكر أن:

«L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal auquel elle se réfère est un principe du droit matériel Français de l'arbitrage international, non une règle de conflit. En d'autres termes, selon. Le droit Français, dès lors qu'elle tend à instituer un arbitrage international, la convention sera Indépendante du contrat principal, quell que Soit à cet égard la solution adoptée Par la loi étrangère éventuellement applicable à ce contrat, voire à la convention d'arbitrage elle - même».

وانظر أيضا لنفس المؤلف:

«Règles de conflits, ... Op. Cit., P. 135.

وفى نفس الاتجاه انظر:

Derains (Y.), Sources et domaine ....., Op. Cit., P. 5.

وكذلك أحكام القضاء، فى العديد من الدول، فإن هذا المبدأ قد أقرته أيضا قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية وهو ما سنعرض له الآن.

ثالثا: موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

أقرت هذه القواعد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢١) من لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى عام ١٩٧٦ على أن «... يعامل شرط التحكيم الذى يكون جزءا من العقد وينص على إجراء التحكيم وفقا لهذه اللائحة بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. كما أن تقرير بطلان العقد من قبل محكمة التحكيم لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»(١).

وكما هو واضح من النص، فإن اللائحة قد أقرت صراحة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. كما أقرت صراحة أيضا أن بطلان العقد لا يستتبع بالضرورة اعتبار التحكيم باطلا.

ومن الجدير بالملاحظة أن صياغة الجزء الأخير من الفقرة المذكورة، والتى تقضى بأن تقرير محكمة التحكيم بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم، تفيد بأنه من الممكن أن يترتب على بطلان العقد بطلان شرط التحكيم أيضا. ولقد برر جانب من الفقه(٢) - وبحق - هذه الصياغة بقوله أن واضعى النص ربما قد قصدوا

---

(١) ويذكر النص بالفرنسية:

«... une clause compromissoire qui fait partie d'une contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. la constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraine pas de plein droit la Nullité de la clause compromissoire.»

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit. J-Cl. Dr. Int., fasc 586-1, No 30.

الإشارة إلى الحالات التى يكون فيها سبب البطلان الذى يلحق بالعقد يلحق أيضا شرط التحكيم. كما هو الحال على سبيل المثال لو كان سبب بطلان العقد عيب من عيوب الرضاء. ومع ذلك، فإن بطلان اتفاق التحكيم فى مثل هذه الحالات، ليس نتيجة مترتبة على بطلان العقد، وإنما لأن اتفاق التحكيم ذاته قد أصابه أحد الأسباب التى أدت إلى بطلانه.

وبناء عليه، فإن تقرير بطلان اتفاق التحكيم فى مثل هذه الحالات ليس فيه مساس بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

ولقد تضمن القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى ٢١ يونيه عام ١٩٨٥ نصا مماثلا للنص السالف الذكر.

فقد نصت المادة (١٦/١) من هذا القانون على أن «شرط التحكيم الذى يعد جزءا من العقد يعتبر كما لو كان اتفاقا مستقلا عن بقية شروط العقد. كما أن تقرير محكمة التحكيم بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»(١). فكما هو واضح من النص، أقر القانون النموذجى صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه. كما أن هذا القانون قد حرص على الإشارة صراحة إلى إحدى النتائج الهامة التى تترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم وذلك عندما قرر أن بطلان العقد لا يستتبع بالضرورة بطلان هذا الشرط.

ومن الجدير بالملاحظة أنه على الرغم من أن صياغة الفقرة الأخيرة من النص، والتى تقضى بأن «تقرير محكمة التحكيم بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم»، تفيد بأنه من الممكن أن

---

(١) ويقول النص بالفرنسية:

«... une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. la constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraine pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

يترتب على بطلان العقد بطلان شرط التحكيم. فإن جانبا من الفقه(١) قد ذهب - وبحق - في تفسير هذه الفقرة إلى القول بأن واضعي النص ربما قد قصدوا من ورائها الإشارة إلى الحالات التي يلحق فيها سبب البطلان كلا من العقد وشرط التحكيم في نفس الوقت، على نحو ما رأينا عند التعرض للمادة ١/٢١ من لائحة التحكيم التي أعدتها نفس اللجنة المذكورة. وبناء عليه، فإن عبارة «لا يترتب عليه بقوة القانون» لا تحمل مساسا بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد. وذلك لأن بطلان شرط التحكيم في مثل هذه الحالات ليس نتيجة مترتبة على بطلان العقد.

كما أخذت بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم لوائح التحكيم النافذة لدى مراكز التحكيم الكبرى ذات الطابع الدولي. وتعد لائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم «Association Américaine d'arbitrage» منذ أول مايو سنة ١٩٩٢ من أهم لوائح التحكيم التي أخذت بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢/١٥) من هذه اللائحة على أن «.... ويعتبر شرط التحكيم كما لو كان شرطا مستقلا عن بقية شروط العقد»(٢).

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl. Dr. Int., Fasc 586-1, No. 27.

حيث يقول:

«On peut penser qu'en précisant que la nullité du contrat n'entrainait pas de plein droit celle de la convention d'arbitrage, les auteurs du texte ont entendu viser les cas où une même cause de nullité entache l'un et l'autre (par exemple, un défaut de pouvoir ou un vice de consentement); mais force est de dire qu'en pareil cas, la nullité de la convention d'arbitrage n'est pas la conséquence de celle du contrat principal».

(٢) ويقول النص بالفرنسية:

«La clause compromissoire est considérée comme une clause indépendante du rest du contrat». -

وكما هو واضح من النص، فإن اللائحة المذكورة قد أقرت صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه، وعدم تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من بطلان.

ومن الجدير بالملاحظة أنه على الرغم من أن النص المذكور لم يشر صراحة إلى أن بطلان العقد لا يترتب عليه بالضرورة بطلان شرط التحكيم الوارد فيه، وذلك على نحو ما فعلت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة عام ١٩٧٦، والقانون النموذجى الصادر فى عام ١٩٨٥ عن نفس اللجنة، بيد أن جانبا من الفقه[١] يرى - وبحق - أنه لا يجب تفسير إغفال النص لمثل هذه الإشارة على أنه يعد رفضا لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه، وذلك لأن النص على أن بطلان العقد لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم ليس سوى نتيجة حتمية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم والذى أقره النص صراحة، ومن ثم فإنه من غير اللازم الإشارة إلى هذه النتيجة صراحة.

كما أخذت لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم «London court of Arbitration» بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، حيث أنها قد تضمنت فى المادة (١/١٤) نفس القواعد التى أقرتها المادة (٢/٢١) من لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦، السالف الإشارة إليها[٢].

- انظر نصوص هذه اللائحة منشورة فى: Rev. Arb., 1993, P. 486.
وفى التعليق عليها راجع:
Joly (F.), le règlement d'arbitrage international de l'association Americaine d'arbitrage, Rev. Arb., 1993, P. 401.

(١) انظر:
Gaillard (E.), Arbitrage commercial international, J-cl, Dr. Int., fasc 586-8-1, proc. civ, fasc 1068-1, No. 12.

(٢) انظر:
Goldman (B.), Arbitrage ..... Op. Cit., J-cl, Dr. Int., fasc 586-1, NO 35.

أما بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس. فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الثامنة منها على أنه «مالم يوجد اتفاق مخالف، فإن الادعاء ببطلان العقد أو عدم وجوده لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا ما تمسك بصحة اتفاق التحكيم. فالمحكم يظل مختصا حتى فى حالة عدم وجود أو بطلان العقد، وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل فى طلباتهم وادعاءاتهم»(١).

ومؤدى هذا النص أن مجرد الادعاء بانعدام العقد أو بطلانه لا يحول دون اختصاص المحكم بنظر النزاع المطروح عليه طالما يقدر أن اتفاق التحكيم صحيح فى ذاته، بل ويظل المحكم مختصا حتى فى حالة ثبوت انعدام العقد أو بطلانه من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل فى إدعاءاتهم وطلباتهم. ومن ثم فإن المحكم لا يجب عليه تقرير عدم اختصاصه والتخلى عن القضية إلا إذا أثبت عدم وجود أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته. وهو ما يستفاد منه، ضمنيا، استقلال اتفاق التحكيم عن العقد وعدم تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من انعدام أو بطلان(٢).

هذا وقد أعملت العديد من أحكام التحكيم الصادرة فى إطار غرفة التجارة الدولية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم. على نحو ما سنعرض له فى البند التالى.

---

(١) يقول النص بالفرنسية:

«Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou l'inexistence alleguée du contrat n'entraine pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. il rest compétent même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions».

راجع:

Goldman (B.), Arbitrage ....., Op. Cit., J-cl, Dr. Int., fasc 586-1, No. 33.

(٢) راجع فى نفس المعنى:

Goldman (B.), Arbitrage ....., Op. Cit., J-Cl, Dr. Int., fasc 586-1, No 33

=

رابعا: موقف أحكام التحكيم:

أخذت العديد من أحكام التحكيم الصادرة فى إطار المعاملات الدولية الخاصة، سواء تلك الصادرة عن محاكم التحكيم الحر ad hoc أو من محاكم التحكيم المشكلة لدى مراكز التحكيم ذات الطابع الدولى، بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. فقد تم تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه فى قضية شركة Lena Goldfilds ضد حكومة الاتحاد السوفيتى عام ١٩٣٠(١). حيث رفضت الحكومة السوفيتية المشاركة فى إجراءات التحكيم بحجة أن الشركة البريطانية لينا جولدفيلدز قد قامت بفسخ عقد الامتياز المبرم معها فى عام ١٩٢٥، وبالتالى فإن شرط التحكيم الوارد فى العقد يكون قد أصبح غير نافذ المفعول. بيد أن محكمة التحكيم رفضت وجهة نظر الحكومة السوفيتية، وأكدت فى حكمها الصادر فى ٢ سبتمبر ١٩٣٠ أنه على الرغم من أن الحكومة السوفيتية قد رفضت المشاركة فى إجراءات التحكيم، إلا أنها تظل ملزمة بالالتزامات الواردة فى عقد الامتياز، وبصفة خاصة بشرط التحكيم الوارد فى العقد. ويعد ذلك إعمالا ضمنيا لمبدأ استقلال شرط التحكيم الوارد فى العقد.

كما تم إعمال هذا المبدأ أيضا فى قضية Losinger ضد الحكومة اليوغسلافية عام ١٩٣٦. وفى هذه القضية تمسكت الحكومة اليوغسلافية أمام محكمة التحكيم بأن شرط التحكيم الوارد فى العقد المبرم بينها وبين Losinger قد أصبح غير نافذ المفعول على أثر إلغاء العقد من قبل

- وأيضا د. سامية راشد. التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ١٢٧ - ١٢٨، بند ٧٤. وأيضا د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة ....، المرجع السابق، ص ٢٩.

(١) انظر:

Vergopoulos - Michaïl (A.), Problèmes relatifs à l'arbitrage en matière d'investissements privés internationaux, Thèse, Paris 11, 1978, P. 137.

وفى التعليق على هذا الحكم راجع: د. سامية راشد، دور التحكيم فى تدويل العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ص ٤٣ - ٤٤.

الحكومة بإرادتها المنفردة. بيد أن محكمة التحكيم رفضت هذا الادعاء، وأكدت فى حكمها على أن «من الثابت قضائيا أن فسخ العقد من جانب واحد يبقى بدون أثر تجاه شرط التحكيم والذى يظل قائما على الأقل إلى حين الفصل فى بواعث هذا الفسخ وكذلك فى آثار الفسخ الذى لا مبرر له»(١).

هذا كما تم إعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد من قبل العديد من أحكام التحكيم الصادرة فى إطار غرفة التجارة الدولية بباريس. ويمكن أن نذكر من ذلك حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٢٦ لعام ١٩٦٨(٢). وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن إحدى الدول الأفريقية قد منحت أحد الرعايا البلجيكيين المقيمين فيها، باعتباره صاحب امتياز، الحق فى شراء المنتجات المعدنية على إقليمها الوطنى. وعلى أثر قيام الدولة المتعاقدة بإلغاء العقد بإرادتها المنفردة قبل حلول الأجل المتفق عليه، تقدم ورثة صاحب الامتياز إلى محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية مطالبين بالتعويض وفقا لشرط التحكيم الوارد فى العقد. بيد أن الدولة المتعاقدة قد رفضت المشاركة فى اجراءات التحكيم. ولذلك بدأ المحكم المعين من قبل محكمة تحكيم الغرفة بإثبات اختصاصه. وفى هذا الصدد ذهب المحكم إلى أن هناك قاعدة مسلما بها الآن فى مجال التحكيم الدولى مفادها أن شرط التحكيم سواء أكان قد أبرم على نحو منفصل عن التصرف القانونى المتعلق به أو كان واردا فيه، يتمتع باستقلال قانونى كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان.

وكذلك أيضا حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٠٧ عام

---

(١) انظر:

Jimenez De Arechaga (E.), L'arbitrage entre les États et les sociétés privées étrangères, Mélanges en l'Honneur de Gilbert Gidel. Sirey, Paris, 1961, P. 376.

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No 1526 en 1968, clunet 1974, P. 915, obs Y. Derains.

١٩٧٠(١). ففى هذه القضية والتى تتعلق بنزاع ثار بمناسبة عقد مبرم بين شركة المانية وإحدى دول جنوب شرق آسيا، نازعت الدولة المتعاقدة فى اختصاص المحكم بحجة أنه وفقا للقانون الألمانى الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على العقد أثناء سير الإجراءات، فإن شرط التحكيم يعتبر باطلا. بيد أن المحكم رفض هذه الحجة وأكد على استقلال شرط التحكيم بقوله «بالنظر إلى الوظيفة التى يؤديها شرط التحكيم فى مجال التجارة الدولية، فإنه يجب التمسك باستقلال هذا الشرط وإخضاعه لنظام مستقل عن ذلك المتفق عليه بالنسبة للعقد».

ومن أحكام التحكيم المعبرة فى هذا الصدد، يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٤٧٦ عام ١٩٧٦(٢). ففى هذه القضية، والتى تتعلق بنزاع ثار بمناسبة عقد ترخيص Licence بين شركة سويسرية وشركة إيطالية، تمسكت الشركة الإيطالية (المدعى عليها فى القضية) بعدم اختصاص المحكمين مستندة فى ذلك على أن العقد المبرم بينها وبين الشركة السويسرية (المدعية) يعتبر كأن لم يكن، نظرا لتخلف ركن التراضى، بسبب الاختلاف الجذرى القائم بين الأطراف حول الأسس ذاتها التى يقوم عليها العقد، وبناء عليه ادعت هذه الشركة بأن شرط التحكيم الذى تتمسك به الشركة المدعية لا يمكنه إحداث أى أثر. بيد أن محكمة التحكيم رفضت هذا الإدعاء، وأكدت على أنه «طبقا للمادة ٤/١٢ من لائحة التحكيم السارية لدى الغرفة منذ أول يونيو ١٩٥٥ - والمقابلة للمادة ٤/٨

---

(١) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No 1507 en 1970, clunet 1974, P. 913, obs, Y. Derains

ويذكر الحكم أنه:

«En raison de la fonction qu'elle remplit dans le commerce international, la clause compromissoire est autonome et soumise à un régime distinct de celui réservé au contrat».

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No 2476 en 1976 clunet 1977, P. 936, obs. Y. Derains.

من اللائحة الجديدة، النافذة من أول يونيه ١٩٧٥ - فإن الادعاء ببطلان أو عدم وجود العقد لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم، مالم يوجد اتفاق مخالف. فإذا ما تمسك المحكم بصحة شرط التحكيم، فإنه يبقى مختصا، حتى فى حالة إنعدام أو بطلان العقد من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل فى طلباتهم وادعاءاتهم. ومن ثم تعترف محكمة التحكيم لنفسها بالاختصاص بالفصل فى هذا النزاع، بعد أن ثبت لها عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف يتعارض مع التأكيد على اختصاصها، لا سيما وأن عيوب الرضاء المدعى بها من قبل الشركة المدعى عليها لا تتعلق مطلقا بشرط التحكيم ولا تمس سوى موضوع العقد ذاته».

وقد أوضحت المحكمة أن هذا الحل لا يتفق مع لائحة تحكيم الغرفة فحسب، بل أيضا مع القانون السويسرى الذى يؤكد على أن بطلان العقد الأصلى ليس له أى أثر على صحة شرط التحكيم(١).

كما أخذت أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الناشئة عن عقود البترول المبرمة بين الدول (أو الأشخاص العامة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية، بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم. ففى أحكام التحكيم الثلاثة(٢) الصادرة فى المنازعات التى نشأت بين الجماهيرية الليبية وشركات البترول الأجنبية، على أثر قيام الحكومة الليبية باتخاذ إجراءات التأميم ضدها، طبق المحكمون مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وأكدوا على أن اتفاق التحكيم يظل قائما على الرغم من قيام الحكومة الليبية بوضع نهاية لعقود الامتياز المبرمة بينها وبين هذه الشركات بطريق التأميم.

(١) ويبدو لنا أنه إذا كان استناد محكمة التحكيم إلى نص المادة ٤/١٢ من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية له ما يبرره، حيث يستفاد من هذا النص استقلال شرط التحكيم وعدم تأثره ليس فقط ببطلان العقد، بل وأيضا بانعدام وجود العقد من أساسه، فإن استنادها إلى القانون السويسرى ليس مجديا فى هذه القضية، لأن الشركة المدعى عليها قد ادعت بانعدام وجود العقد بسبب تخلف ركن الرضاء به، والقانون السويسرى - وكما أشارت إلى ذلك المحكمة ذاتها - لا يواجه سوى حالة بطلان العقد فقط، دون أن يشير إلى حالة عدم وجود العقد من أساسه، أى انعدامه، وهى مسألة محل خلاف على نحو ما سنرى فى المتن عند التعرض للآثار المترتبة على استقلال اتفاق التحكيم.

(٢) انظر فى التعليق على هذه الأحكام الثلاثة مقالة:

Stern (B.), Trois arbitrages, ..., Op. Cit., PP. 8 - 9.

وهكذا أصدر المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy فى قضية تكساكو Texaco ضد ليبيا حكما تمهيديا بشأن اختصاصه فى ٢٧ نوفمبر عام ١٩٧٥، رفض فيه وجهة النظر التى تمسكت بها الحكومة الليبية والتى مفادها أن إجراءات التأميم ما دام من شأنها وضع نهاية لعقود الامتياز ذاتها المبرمة بينها وبين هذه الشركات، فإن هذا الأثر يجب أن يمتد إلى شروط التحكيم الواردة فى هذه العقود. وذلك بالاستناد إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه(١).

كذلك فإن المحكم الوحيد Sobhi Mahmassani فى قضية ليامكو Liamco ضد الحكومة الليبية، قد ذهب فى الحكم الذى أصدره فى ١٢ ابريل عام ١٩٧٧(٢) إلى أنه: «من المسلم به عموما فى الواقع وفى القانون الدوليين أن شرط التحكيم يظل باقيا بعد فسخ الدولة بإرادتها المنفردة للعقد الذى يتضمنه. وأن هذا الشرط يظل نافذ المفعول حتى بعد هذا الفسخ».

---

(١) راجع فى هذا الحكم والتعليق عليه:
Lalive (J-F.), Un grand arbitrage pétrolier ....., Op. Cit., PP. 326 - 328.

(٢) انظر:
Sentence arbitral rendue a Geneve, le 12 Avril 1977, dans l'affaire libyen American oil company (Liamco) C/gouvernement de la republique arabe libyenne, Rev., Arb., 1980, P. 132 etSS., Spec. PP. 144 - 145.

ويذكر الحكم أنه:
«il est généralement admis en pratique et en droit internationaux qu'une clause d'arbitrage survit à la resiliation unilatérale par l'État du contrat où elle figure, et qu'elle reste en vigueur même posterieurement à cette resiliation».

وكذلك يمكن القول - مع جانب من الفقه(١) - بأن المحكم الوحيد G. Lagergren فى قضية B.P. ضد الحكومة الليبية قد أخذ على نحو ضمنى بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه. فى حكم التحكيم الذى أصدره فى ١٠ أكتوبر عام ١٩٧٣(٢). فقد ذهب المحكم، ردا على ادعاء الشركة بأن قانون التأميم لا أثر له على انهاء عقد الامتياز الذى يظل صحيحا وواجب التطبيق، إلى القول بأن «القانون الصادر بتأميم شركة B.P. قد وضع نهاية لعقد الامتياز الممنوح لهذه الشركة، وذلك باستثناء أن هذا العقد يشكل أساسا لاختصاص هذه المحكمة، ولحق الشركة المدعية فى مطالبة المدعى عليه بالتعويض أمام هذه المحكمة».

كما أخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم حكم التحكيم التمهيدى الصادر فى كوبنهاجن فى ١٤ يناير عام ١٩٨٢ بواسطة المحكم الوحيد «Bernard Gomard» بين الشركة الفرنسية ELF_Aquitaine

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl, Dr. Int., fasc 586-1, No 36; Stern (B.), trois arbitrages ... Op. Cit., P. 9

وأيضا د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة ....، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) انظر:

Sentence rendue à copenhague, le 10 Octobre 1973, dans l'affaire B.P. exploration company (libya) C/gouvernemet de la république arabe libyenne, Rev. Arb., 1980, P. 116 etSS. Spec. P. 129.

إذ يذكر الحكم:

«La loi de Nationalisation B.P. a mis fin à la concession B.P., excepté en ce que la concession B.P. constitue le fondément de la compétence de ce tribunal et du droit réquerant de réclamer des domages - intérêts au défendeur devant ce tribunal».

والشركة الوطنية الإيرانية للبترول[١]. ونظرا لأننا لم نعرض لهذا الحكم من قبل، فسوق نعرض له هنا بشيء من التفصيل.

وتتلخص الوقائع المتعلقة بهذا التحكيم فى أن الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) قد أبرمت فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٦٦ عقد مقاولة للبحث عن البترول واستخراجه مع المؤسسة الفرنسية للبحث عن البترول واكتشافه (إيراب). وبموجب هذا العقد، تنازلت إيراب فى الفترة من عام ١٩٦٧ إلى عام ١٩٧٧ عن كامل حقوقها إلى الشركة الفرنسية ELF_Aquitaine الطرف فى هذا النزاع.

وفى ٨ يناير عام ١٩٨٠ أصدر مجلس الثورة الإسلامية الإيرانية قانونا ذا مادة واحدة نص على إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التى ترى هذه اللجنة وفقا لتقديرها المطلق أنها غير مطابقة لأحكام قانون تأميم صناعة البترول الإيرانية الصادر عام ١٩٥١. كما نص على أن كل المطالبات المبنية على هذه العقود يتم الفصل فيها بقرار من قبل هذه اللجنة.

وفى ١١ أغسطس عام ١٩٨٠ أخطر كل من وزير البترول الإيرانى ورئيس مجلس إدارة الشركة الإيرانية الشركة الفرنسية بأن العقد المبرم معها قد تم إبطاله من قبل اللجنة الخاصة المشكلة طبقا للقانون ذى المادة الواحدة المذكور أعلاه.

---

(١) انظر:

Sentence arbitrale préliminaire rendue à Copenhague le 14 Janvier 1982, entre ELF - Aquitaine et National iranian oil company, Rev. Arb., 1984, P. 401 etSS. Spéc. P. 413 etSS.

وفى التعليق على هذا الحكم انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage ELF - Aquitaine iran C/National iranian oil company, une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage, Rev. Arb. 1984, P. 333 etSS. Spéc. P. 357.

وفى ٦ أكتوبر عام ١٩٨٠ أخطرت الشركة الفرنسية كل من وزير البترول الإيرانى ورئيس مجلس إدارة الشركة الإيرانية بأنها تنوى اللجوء إلى التحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد فى العقد المبرم بينهما. ونظرا لامتناع الشركة الإيرانية عن تعيين محكم لها، لجأت الشركة الفرنسية إلى رئيس المحكمة العليا بالدنمارك وطلبت منه ممارسة السلطات المخولة له طبقا للمادة (٤١) من العقد. وبالفعل أخطر رئيس المحكمة العليا بالدنمارك الشركة الإيرانية فى ٢٧ يناير عام ١٩٨١ بأن لديه النية للامتثال إلى الطلب المقدم إليه من الشركة الفرنسية، ومنحها أجلا لتعيين محكم لها مبينا لها أنه إذا لم تخطره بتعيين محكم لها فى خلال هذا الأجل فسوف يقوم هو بتعيين محكم وحيد وفقا لما هو متفق عليه فى العقد المبرم بين الطرفين. ونظرا لاستمرار الشركة الايرانية فى الامتناع عن تعيين محكم لها، قام رئيس المحكمة العليا بالدنمارك بتعيين الأستاذ B.Gomard كمحكم وحيد فى القضية.

وفى ٢٥ مارس عام ١٩٨١ أعلن المحكم قبوله لهذه المهمة. وحدد المحكم كوبنهاجن كمقر للتحكيم، كما حدد أول جلسة بتاريخ ٣٠ سبتمبر عام ١٩٨١، وحضر فيها الطرفان.

وفى هذه الجلسة تمسكت الشركة الإيرانية بأن العقد المبرم بينها وبين الشركة الفرنسية يعتبر عقدا باطلا وكأن لم يكن لعدم مطابقته لأحكام قانون التأميم الصادر عام ١٩٥١، وبالتالى يكون اللجوء إلى التحكيم مستحيلا. كما أضاف ممثلوا الشركة الإيرانية بأن حضورهم هذه الجلسة الهدف منه هو بيان القانون الإيرانى وكذلك قرار اللجنة الخاصة. ولا ينبغى بأى حال من الأحوال تفسيره على أنه قبول من جانب الشركة الإيرانية لإجراءات التحكيم.

وقرر المحكم، باتفاق الأطراف أن يفصل على نحو منفصل فى الاعتراضات المقدمة من قبل الشركة الإيرانية والمتعلقة باختصاصه(١). وأصدر المحكم هذا الحكم محل الدراسة.

---

(١) راجع الحكم فى: Rev. Arb., 1984, PP. 403 - 408, No 1 - 11.

وفيما يتعلق بادعاء الشركة الإيرانية بأن المحكم الوحيد يجب عليه بالضرورة أن ينتهى إلى أنه غير مختص لمواصلة التحكيم المطلوب من قبل الشركة الفرنسية، وذلك بدعوى أن العقد الذى يعد الأساس الضرورى للتحكيم بين الأطراف كان قد تقرر بطلانه واعتباره كأن لم يكن من قبل اللجنة الخاصة المنشأة بموجب القانون الإيرانى الصادر عام ١٩٨٠(١)، أوضح المحكم أنه فى هذا الحكم التمهيدى لا يفصل فى مسألة مدى صحة الادعاء ببطلان العقد واعتباره كأن لم يكن، والمدعى به من قبل الشركة الإيرانية، بل إن هذا الحكم يجب أن يحدد ما إذا كان شرط التحكيم الوارد فى المادة (٤١) من العقد يتمتع بالاستقلال عن هذا العقد، أى يجب أن يحدد ما إذا كان بطلان العقد المدعى به من قبل الشركة الإيرانية لا يؤثر على صحة شرط التحكيم أم أن هذا الشرط، والذى يعد جزءا من العقد، يصبح غير نافذ وعديم الأثر إذا ما كان العقد باطلا(٢).

وفى هذا الصدد أجاب المحكم قائلا: «من المبادىء المعترف بها عموما فى قانون التحكيم الدولى أن شروط التحكيم تحدث آثارها حتى ولو تمسك أحد الأطراف بأن العقد المتضمن لشرط التحكيم يعد باطلا وكأن لم يكن» ثم أردف ذلك بقوله «إن استقلال شرط التحكيم يعد مبدأ من مبادىء القانون الدولى يتم تطبيقه بصفة منتظمة فى الأحكام الصادرة فى التحكيمات الدولية، كما أن هذا المبدأ معترف به على نطاق واسع من قبل الفقهاء والمتخصصين فى التحكيم الدولى، وتأخذ به لوائح التحكيم المتبناه من قبل الهيئات الدولية وكذلك المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، كما أن هذا المبدأ يعد جزءا من القانون الوطنى للتحكيم فى العديد من الدول»(٣).

---

(١) انظر الحكم: Ibid, P. 413, No. 26.

(٢) انظر الحكم: Ibid. P. 414. No. 28.

(٣) انظر الحكم إذ يقول بالفرنسية:

«C'est un principe généralement reconnu du droit de l'arbitrage international que les clauses d'arbitrage poursuivent leurs effets même Si l'une des parties soulève l'objection que l'accord qui contient la clause -

وانتهى المحكم إلى أن «شرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته بما تدعيه الشركة الإيرانية من أن العقد يعد باطلا بأكمله وكأن لم يكن. هذا مع عدم المساس بما قد ينتهى إليه أى حكم يصدر فى المستقبل ويتعلق بالبطلان المحتمل للعقد واعتباره كأن لم يكن على نحو ما تدعى به الشركة الإيرانية»(١).

الخلاصة أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الذى يتضمنه أو يتعلق به يعد من المبادى الثابتة والمستقرة فى مجال التحكيم الدولى، حيث نصت عليه التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. كما طبقته أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات ذات الطابع الدولى. وينسحب ذلك بالطبع على اتفاق التحكيم فى عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو الأجهزة التابعة لها) وشركات البترول الأجنبية.

---

d´arbitrage est Nul et non avenu ... L´autonomie d´une clause d´arbitrage est un principe de droit international qui a été régulièrement appliquée dans les décisions rendues dans des arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans les règlements d´arbitrage adoptés par des organisations interntionales et dans des traités. également dans maints paye le principe fait partie du droit National de l´arbitrage». Ibid. P. 414, No 29 et 30.

(١) أنظر الحكم إذ يذكر بالفرنسية أن:

«La clause d´arbitrage lie les parties et peut poursuives ses effets sans que sa force est Nulle et non avenue ab initio. Cette conclusion ne préjuge en aucune façon le résultat d´une décision future concernant le caractère éventuellement nul et non avenu de la convention, ainsi que le prétend NIOC». Ibid, P. 418, No. 35.

المبحث الثانى

الآثار المترتبة
على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الذى اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التى قد تثور بشأنه، أثران هامان هما: الأثر الأول وهو عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد. والأثر الثانى هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذى يخضع له العقد.

ونعرض فيما يلى لهذين الأثرين كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد

إن الأثر الأول الذى يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو أن صحة اتفاق التحكيم ونفاذه لا تتوقف أو تتأثر بمصير العقد الذى يتعلق به هذا الاتفاق. ومن ثم فإن بطلان العقد أو فسخه أو انتهاءه لا يترتب عليه أى أثر بالنسبة لاتفاق التحكيم. ولكن يشترط لكى يترتب على استقلال اتفاق التحكيم هذا الأثر أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا فى ذاته. فلو أن العيب الذى يمس العقد من شأنه أن يمس أيضا اتفاق التحكيم (كعيب الرضاء مثلا) فإن كلا منهما يعد باطلا ولا يكون لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم فى هذه الحالة أى أثر. أما إذا كان البطلان خاصا بالعقد (كما لو كان العقد ذاته مخالفا لقاعدة من النظام العام مثلا) ففى هذه الحالة، يمكن التمسك بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد، وبالتالى عدم تأثره بما لحق هذا الأخير من بطلان(١).

---

(١) انظر فى نفس المعنى:
Fouchard (Ph.), le règlement d'arbitrage, clunet., 1979, P. 816 etSs., Spéc. P. 837.

ومع ذلك، هناك حالة أثارت جدلا فى الفقه، وهى الحالة التى يكون فيها العقد منعدما. فقد ثار التساؤل عن مدى إمكانية التمسك بمبدأ استقلال شرط التحكيم وعدم تأثره بمصير العقد الوارد فيه أو المتعلق به فى حالة إنعدام هذا الأخير. وفى هذا الصدد يمكننا أن نميز بين رأيين.

فقد ذهب جانب من الفقه(١) إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد، فإنه مع ذلك يتأثر بمصير العقد فى حالة عدم وجوده، أى انعدامه. وبعبارة أخرى، فإن مبدأ استقلال شرط التحكيم لا يمكن التمسك به إلا فى حالة بطلان العقد دون حالة انعدامه.

فى حين يرى جانب آخر فى الفقه(٢) أن التفرقة بين بطلان العقد

---

(١) راجع:

Sanders (P.), L´autonomie de la clause compromissoire, Hommage `a F. Eisemann., liber Amicorum, chambre de commerce international, publication No 321, 1978, P. 31 etSS. Spéc. P. 34.

وفى نفس المعنى أيضا:

Fouchard (Ph.), Le règlement d´arbitrage, Op. Cit., P. 836, et P. 837.

حيث يذكر أن:

«L´autonomie de la clause compromissoire ne Joue en réalité que dans la séconde hypothèse, celle où seule la validité (et non l´existence) du contrat principal est déniée ...., C´est seulement s´ils constatent la nullité du contrat principal que l´autonomie de la clause compromissoire est utile».

(٢) انظر:

Goldman (B.) Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl. Dr. Int., fasc 586-1, No. 10.

إذ يذكر أن:

«Nous ne pensons pas que pareille distinction soit justiffiée. écarter l´autonomie de la convention d´arbitrage au motif que l´une des parties allègue l´inexistence du -

وانعدامه تفرقة لا مبرر لها. فاستبعاد استقلال اتفاق التحكيم بحجة أن أحد الأطراف يدعى عدم وجود العقد الأصلى، وبالتالى رفض الاعتراف للمحكم بالفصل فى اختصاصه فى مثل هذه الحالة، من شأنه أن يفتح الباب مرة أخرى أمام الوسائل الاحتيالية التى استهدف مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تفاديها.

إن مجرد الادعاء بعدم وجود العقد لا يكفى إذن لاستبعاد اختصاص المحكم، فللمحكم أن يفحص الأساس الصحيح لهذا الادعاء. وإذا ما أثبت بالفعل أن العقد الأصلى لا وجود له (لعدم توافر ركن الرضاء مثلا) فيجب عليه بدون شك أن يقضى بعدم اختصاصه إذا ما بدى له أن هذا الانعدام يلحق أيضا اتفاق التحكيم، ليس كمجرد نتيجة مترتبة على انعدام العقد الأصلى، ولكن لأن سبب الانعدام الذى لحق بالعقد الأصلى قد لحق أيضا اتفاق التحكيم.

- contrat principal, ..., et partant, refuser `a l´arbitre le pouvoir de juger, en pareil cas, de Sa propre investituer, serait prendre le risque de rouvrir la porte aux manoeuvres dilatoire que la consécration du principe d´autonomie a eu pour but d´empêcher. La simple allégation de l´inexistence ne suffit donc pas pour faire disparaitre le pouvoir de juger de l´arbiire: il appartient `a celui - ci d´en vérifier le bièn fondé, et S´il constate effectivement que le contrat principal est inexistant (comme par exemple, en cas de défaut complet de consentement) il devra sans doute s´abstenir d´aller plus loin, c´est `a dire de deduire les conséquence de l´inexistence, s´il lui apparait que celle - ci frappe aussi la convention d´arbitrage, non par simple voie de conséquence de l´inexistence du contrat principal, mais parce que la cause d´inexistence l´affecte **également**».

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن بعض الفقهاء(١) قد أشاروا إلى أن التفرقة بين مسألتى بطلان العقد الأصلى وانعدامه رفضتها بشكل صريح الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف عام ١٩٦١ وذلك عندما نصت على أن لمحكمة التحكيم أن تفصل فى مسألة وجود وصحة العقد الأصلى الذى يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه. كما رفضتها لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (م ٢/٢١)، وكذلك القانون النموذجى الصادر عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٨٥ (م ١/١٦)، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية (م ٤/٨)، ولائحة تحكيم الجمعية الأمريكية للتحكيم (م ١/١٥).

ونحن من جانبنا نميل إلى تأييد الرأى الأول، الذى يميز بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه، نظرا لاتسامه بالواقعية والمنطق. وذلك لأن انعدام العقد يفترض تخلف رضاء الأطراف، وانعدام التراضى يشمل كل من العقد الأصلى واتفاق التحكيم. حيث أنه من غير المعقول أن يتصور أن الأطراف قد اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم للفصل فى المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضى عليه أصلا. ومن ثم فإن انعدام التراضى يؤدى حتما إلى عدم وجود العقد وكذلك اتفاق التحكيم الذى يتضمنه. على العكس تماما فى الحالة التى يكون فيها العقد مشوبا بأحد أسباب البطلان. حيث أن بطلان العقد لا يؤدى بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به. وبناء عليه فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يمكن الأخذ به إلا فى حالة بطلان العقد دون حالة انعدام وجوده من أساسه(٢).

وبالنسبة للرأى الثانى والذى يرفض التفرقة بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه، فيبدو لنا أن هذا الرأى يقوم على الربط، ارتباطا لا يقبل

---

(١) راجع: د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة .....، المرجع السابق، ص ص ٤٧ - ٤٨.

(٢) راجع فى نفس المعنى:
Loquin (E.), Note sous l'arrêt de cour de cassation, 10 Juillet 1990, clunet., 1992, P 173.

التجزئة، بين مبدأين مستقلين هما: مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه، ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وهو ما لايمكن الأخذ به.

فالأول مفاده أن من سلطة المحكم الفصل فى اختصاصه عند المنازعة فيه. فالمحكم هو نفسه الذى يفصل فيما إذا كان مختصا بالفصل فى النزاع المطروح عليه أم لا. بينما الثانى مفاده أن يظل هذا الاتفاق قائما ومنتجا لكافة آثاره على الرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه، بمعنى أن يظل الأطراف ملزمين باللجوء إلى التحكيم، ويكون للمحكمين الاختصاص بالفصل فى النزاع على الرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه. وعلى ذلك يمكن القول بعدم وجود تلازم أو ارتباط بين كل من هذين المبدأين. فتقرير مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه لا يستفاد منه الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، كما أن تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يعنى الأخذ فى نفس الوقت بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه. فالهدف من تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره بما قد يلحق العقد من بطلان، ليس تقرير اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه، بل تقرير اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع المطروح عليه على الرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه، وشتان الفارق بين الأمرين. فقد ينازع أحد الأطراف فى اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع المطروح عليه وذلك بالدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه، أو بالدفع بعدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه، مع تسليمه بأن للمحكم الاختصاص بالفصل فى اختصاصه، أى بالفصل فى مدى صحة هذه الدفوع من عدمها.

أما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول بأن هذه التفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه قد رفضتها صراحة الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٦١، والقانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥، ولائحة التحكيم الصادرة عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٧٦، ولائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، وتلك السارية لدى غرفة التجارة الدولية، فهو

قول لا يمكن التسليم به، فالاتفاقية الأوربية لم تتعرض، على الأقل صراحة، لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى، ولا للآثار المترتبة عليه - وهو ما أقر به أصحاب هذا الرأى - حتى يمكن القول بأن الاتفاقية الأوربية ترفض أو تقر التفرقة بين حالة انعدام العقد وبطلانه.

أما بالنسبة للوائح التحكيم، فإن لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦ - وكذلك القانون النموذجى الصادر عن نفس اللجنة عام ١٩٨٥ - قد أشارت صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلى، ولم تشر إلى حالة انعدام العقد. ومن ثم يمكن القول - على عكس ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأى - بأن هذه اللائحة، وكذلك القانون النموذجى، تقر باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد فى حالة بطلان هذا الأخير دون حالة انعدامه، وذلك إستنادا إلى إغفالها الإشارة إلى حالة انعدام العقد. وإذا كان من غير الممكن أن نستخلص من إغفال اللائحة والقانون النموذجى الإشارة إلى حالة انعدام العقد أنهما لا يأخذان باستقلال اتفاق التحكيم فى هذه الحالة، فعلى الأقل من غير الممكن القول بأنهما قد رفضا الأخذ بالتفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه.

أما بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم منذ عام ١٩٩٢، فإنها قد اكتفت، - على نحو ما رأينا - بالنص على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، دون أن تنص صراحة على الآثار التى تترتب على هذا المبدأ حتى يمكن القول بأنها تقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد فى حالة انعدامه. ولا يستثنى من ذلك سوى لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. فهى الوحيدة التى لم تميز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه. حيث نصت صراحة على أن يظل المحكم مختصا حتى فى حالة عدم وجود العقد أو بطلانه. وبالتالى يمكن أن يستخلص من ذلك أنها قد أقرت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم فى كلتا الحالتين.

وإذا توجهنا ناحية القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم، يبدو لنا أنها تناصر الرأى الذى يميز بين حالة بطلان العقد وانعدامه. فالقانون المصرى

قد أشار صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلى من بطلان أو فسخ أو إنقضاء دون أن يشير إلى حالة إنعدام العقد من أساسه. وفى نفس الاتجاه أيضا القانون السويسرى والقانون الجزائرى والقانون الأسبانى. حيث أشارت هذه القوانين صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلى أو بطلانه دون أن تشير إلى حالة انعدامه.

ولقد سارت فى نفس الاتجاه محكمة النقض الفرنسية. ففى حكمها الصادر فى ١٠ يوليو عام ١٩٩٠ فى قضية شركة Cassia ضد شركة Pia investements Ltd(١). قضت محكمة النقض بأنه «فى مجال التحكيم الدولى. فإن استقلال شرط التحكيم يتقيد بوجود العقد الأصلى. من حيث الشكل. الذى يتضمن شرط التحكيم المتمسك به. ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة طبقا للقانون الذى يحكم شكل العقد وفقا لمبادىء القانون الدولى الخاص».

وبهذه المثابة تكون محكمة النقض الفرنسية قد تبنت التفرقة بين انعدام العقد وبطلانه. فاتفاق التحكيم لا يكون له وجود إذا كان العقد الذى يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له. ومن ثم فإن عدم وجود العقد يعد القيد الوحيد الذى يرد على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الوارد فيه(٢).

---

(١) انظر:

Cass. Civ., 10 Juillet 1990. Rev. Arb. 1990. P. 851. Note. J.H. Moitry et C. Vergne.

ولقد جاء بهذا الحكم أنه:

«En matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa Limite dans l'existence, en la forme, de la convention principal qui contiendrait la clause invoquée. Cette existence doit nécessairement s'apprecier d'après la loi qui, selon les principes du droit international privé, régit la forme de la convention».

(٢) فى نفس المعنى راجع:

Moitry (J-H.) et vergne (C.), note sous l'arrêt de cour de cassation. 10 Juillet 1990, Op. Cit., P. 860 etSS Spéc. P. 862.

الخلاصة: أن الأثر الأول الذى يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق بالعقد الوارد فيه أو المتعلق به من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء. وأن عدم وجود العقد أو انعدامه يعد القيد الوحيد - طبقا للرأى الذى نرجحه - الذى يرد على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

وينسحب ذلك بالطبع على اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقود البترول. فهذا الاتفاق يتمتع بالاستقلال عن عقد البترول الوارد فيه أو المتعلق به، بحيث لا يتأثر هذا الاتفاق بما قد يلحق بالعقد من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، وذلك باستثناء الحالة التى يكون فيها عقد البترول منعدما، ففى هذه الحالة لا يمكن القول بعدم تأثر شرط التحكيم الوارد فى العقد بما لحق هذا الأخير من انعدام.

وترتيبا على ذلك فإن قيام الدولة بفسخ العقد بإرادتها المنفردة، أو ادعاءها بعدم صحة عقد البترول أو بطلانه لا يتضمن أى أثر بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يتضمنه أو يتعلق به إذا ما كان هذا الاتفاق صحيحا فى ذاته(١).

- حيث ذكرا فى التعليق على هذا الحكم أن:
«L´inexistence du contrat principal constitue désormais la seule limite à l´autonomie de la convention d´arbitrage. Cet arrêt est une contribution importante relativement au champ d´application du principe de l´autonomie de la clause compromissoire. L´inexistence du contrat de base prive la clause compromissoire de toute efficacité. Tel est le premier enseignement de cet arrêt».

(١) فى نفس الاتجاه بالنسبة لعقود الدولة بصفة عامة، انظر:
DEHAUSSY (J.), Op. Cit., P. 115. No. 165 et 166.
وأيضا:
WEIL (P.), Problèmes relatifs aux contrats passés ... Op. Cit., P. 222; Jimenez De Aréchaga (E.), Op. Cit., P. 375.

المطلب الثانى

إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذى يخضع له العقد

يذهب غالبية الفقهاء(١) إلى القول بأن التسليم بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم يترتب عليه إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانونى يختلف عن ذلك الذى يحكم العقد الوارد فيه أو المتعلق به.

---

(١) انظر:

KLEIN (F.E.), Du caractère autonome de la clause compromissoire, notament en matière d'arbitrage international (Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principale), Rev. Crit., 1961, P. 500, No. 2, Rev. Arb., 1961, P. 48, No. 2.

حيث يقول:

«Dire que la clause compromissoire est autonome, qu'elle remplit une fonction propre, signifie avant tout, en termes de droit international privé, qu'elle peut être soumise à une loi différente de celle application au contrat principal intervenu entre les parties».

وانظر أيضا:

FOUCHARD (ph.), L'arbitrage commercial international, Op. Cit., P. 67, No. 114.

وذكر فى هذا الخصوص أن:

«il convient en effet de distinguer .... la loi applicable à ce contrat principal et celle applicable à la clause arbitrale .... il faut en effet se garder de cnfondre la loi applicable au rapport litigieux ... et la loi applicable à la clause ou à la convention arbitrale. La clause compromissoire, ..., peut se trouver soumise à une loi différente de celle qui régit le contrat principal».

وأيضا:

MEZGER (E.), La jurisprudence Française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé, Mélanges offerts à Jacques Maury, 1960, P. 273 etSS. Spéc. P. 282.

فلا يشترط أن يخضع اتفاق التحكيم، لنفس القانون الذى يحكم العقد. فيجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد، وآخر ليحكم اتفاق التحكيم. كما أنه من الجائز أن يخضع اتفاق التحكيم لقاعدة إسناد خاصة به تتولى تحديد القانون واجب التطبيق عليه.

ولقد أخذ بهذه النتيجة المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد، مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بامستردام عام ١٩٥٧(١). فقد نصت المادة السادسة من التوصيات التى أصدرها المجمع فى هذه الدورة على أنه «إن صحة مشارطة التحكيم وكذلك شرط التحكيم لا تخضع بالضرورة لنفس القانون المطبق على العلاقة محل النزاع ...»

- ولقد ذكر فى هذا الخصوص أن:

«La convention arbitrale est, certes, susceptible d'un rattachement à une loi différente de celle régissant le contrat dit principal».

وأيضا:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl. Dr. Int., fasc. 586-1, No. 11.

وفى الفقه المصرى راجع: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ٨٠؛ د. حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة ....، المرجع السابق، ص ٤٨.

عكس ذلك كله راجع:

PALLIERI (B.), L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Recueil des cours, 1935, P. 291 etSS. Spcé. P. 353.

إذ يذكر قائلا:

«C'est Naturallement la loi même régissant le contrat qui en régit aussi la clause relative à l'arbitrage. on ne peut pas concevoir qu'une partie des dispositions d'un contrat soit régie par une loi, une autre L'étant par une loi différent, la loi régissant le contrat devra être appliquée aussi à la clause concernant l'arbitrage».

(١) انظر نصوص هذا القرار فى: A.I.D.I., 1957, P. 479.

ويقول النص بالفرنسية:

«Les conditions de validité du compromis et de la clause compromissoire ne sont pas nécessairement soumises à la même loi que celle appliquée au rapport litigieux».

كما أخذ القضاء الفرنسى بهذه النتيجة فى العديد من أحكامه.
ويمكن أن نذكر من ذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ٢١ أكتوبر عام ١٩٨٣(١). ففى هذا الحكم رفضت محكمة الاستئناف الدفع ببطلان حكم التحكيم المبنى على أن محكمة التحكيم لم تفصل فى مسألة اختصاصها وفقا للقانون الفرنسى المعين من قبل الأطراف لكى يحكم موضوع النزاع. واستندت محكمة استئناف باريس فى قضائها هذا على أن مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع كانت مستقلة، على الأقل بشكل ضمنى، فى محضر تولية المحكمين، عن تلك المتعلقة بالقواعد التى تنظم مسألة اختصاص المحكمين. ثم أردفت محكمة الاستئناف قائلة «إن القانون الواجب التطبيق لتحديد نطاق وآثار شرط التحكيم المنشىء لتحكيم دولى لا يجب أن يختلط بالضرورة مع القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع»(٢).

كذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت فى حكمها الصادر فى ١٤ ديسمبر عام ١٩٨٣(٣) إلى تأييد ما قضت به محكمة الاستئناف من عدم تطبيق القانون الذى يحكم العقد بصدد تفسير شرط التحكيم المدرج به على نحو ما تمسك الطاعن. وقررت أن شرط التحكيم فى مسائل التحكيم الدولى يتمتع باستقلال قانونى كامل تجاه العقد الوارد فيه.

---

(١) راجع:
Cour d'appel de Paris, 21 Octobre 1983, Rev. Arb., 1984, P. 98, note. Andre Chappelle.

(٢) وقد ذكر الحكم بالفرنسية أن:
«La loi applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondait pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige». Ibid.

(٣) انظر:
Cass. Civ., 14 Décembre 1983, Rev. Arb., P. 483, note. Rondeau - Rivir.

كما أن محكمة استئناف باريس أكدت مرة أخرى فى حكم حديث لها نسبيا على الأخذ بهذه النتيجة. ففى الحكم الصادر منها فى ٢٦ مارس عام ١٩٩١[١]، رفضت المحكمة الطعن ببطلان حكم التحكيم المبنى على أن المحكمين لم يطبقوا القانون الليبى الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع على اتفاق التحكيم. وقضت محكمة الاستئناف بأنه «فى مجال التحكيم الدولى. فإن مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم ... يكرس استقلال اتفاق التحكيم تجاه الأحكام الموضوعية للعقد المتعلق به، وكذلك القانون الداخلى الواجب التطبيق على هذا العقد».

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذه النتيجة فى حكم حديث لها نسبيا. ففى حكمها الصادر فى ٣ مارس عام ١٩٩٢[٢]، أيدت محكمة استئناف باريس فيما قضت به من حيث إثبات رضاء الشركة الفرنسية Sonetex بشروط التحكيم المرفقة بالعقد المبرم بينها وبين شركة Charphil وهى إحدى فروع الشركة التركية Topkapi. وردا على ما تمسكت به الشركة الفرنسية Sonetex من أن محكمة الاستئناف لم تفصل فيما يخص شكل واثبات شرط التحكيم المدعى به فى مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الذى يتضمنه، ذهبت محكمة النقض إلى تقرير

---

(١) انظر:

Paris, 26 Mars 1991, Rev. Arb., 1991, P. 456, note., Hélène Gaudement - tallon.

وذكر الحكم بالفرنسية أن:

«en matière international, le principe de validité et d'autonomie de la clause compromissoire .... consacre l'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard tant des dispositions substantielles du contrat auquel elle se rapporte, que de la loi interne applicable à celui - ci».

(٢) انظر:

Cass. Civ., 3 Mars 1992, Rev. Arb., 1993, P. 273, note., pierre Mayer; Clunet. 1993, P. 140, note. Bernard Audit.

أنه «ليس لمحكمة الاستئناف أن تفصل فيما يتعلق بشكل هذه الشروط وإثباتها وفقا لقانون قد لا ينطبق عليها وذلك نظرا لاستقلال هذه الشروط عن العقد فى مسائل التحكيم الدولى»(١).

هذا ولقد أقرت العديد من أحكام التحكيم بأن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد يترتب عليه إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذى يحكم العقد.

ففى حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٠٧ عام ١٩٧٠(٢). ذهب المحكم إلى «أن شرط التحكيم المدرج فى عقد دولى يمكن أن يخضع لقانون مختلف عن ذلك الذى يحكم العقد الأصلى. وبناء عليه، فإن اتفاق الأطراف على أن موضوع النزاع يخضع للقانون الألمانى، لا يستخلص منه أن صحة شرط التحكيم يتم تقديرها طبقا للشروط الشكلية فى القانون الداخلى الألمانى».

---

(١) وقد ذكر الحكم بالفرنسية أن:

«La cour d'appel n'avait pas à statuer, quant à la forme et la preuve de ces clauses, en fonction d'une loi qui, en raison de leur autonome en cas d'arbitrage international pouvait, d'ailleurs, ne pas leur être applicable»., Ibid, P. 274

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No. 1507 en 1970, clunet 1974, P. 913, Obs. Y. Derains.

ويذكر الحكم بالفرنسية:

«La clause d'arbitrage figurant dans un contrat international peut parfaitement être régie par une loi différente de celle applicable au contrat principal; que si donc, il était admis que le fond du litige est régi par le droit allemend, il n'en résulterait nullement et pour autant que la validité de la clause doive s'apprécier d'après les conditions de forme du droit interne allemend».

كذلك أيضا حكم التحكيم التمهيدى الصادر فى القضية رقم ٤١٢١ فى عام ١٩٨٢(١). فقد ذهبت محكمة التحكيم إلى القول: «بإن القواعد القانونية واجبة التطبيق لتحديد نطاق وآثار شرط التحكيم المنشىء لتحكيم دولى لا تختلط بالضرورة مع القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المحال إلى هذا التحكيم. وإذا كان هذا القانون أو هذه القواعد القانونية من الممكن، فى بعض الأحيان، أن تتعلق بموضوع النزاع وكذلك شرط التحكيم، بيد أنه من الممكن، فى أحوال أخرى، أن يخضع شرط التحكيم، بالنظر إلى استقلاله الذى يتعلق ليس فقط بصحته بل أيضا بنطاقه وآثاره، لقواعد قانونية خاصة به ومتميزة عن تلك التى تحكم موضوع النزاع».

وفى نفس الاتجاه أيضا حكمى التحكيم التمهيديين الصادرين فى القضية رقم ٤٥٠٤ عامى ١٩٨٥، ١٩٨٦(٢). ففى هذين الحكمين، أكدت

---

(١) انظر:

Sentence intérimaire rendue dans l'affaire No. 4131 en 1982, clunet 1982, P. 899, Obs. Y. Derains, Rev. Arb. 1984, P. 137.

ويذكر الحكم بالفرنسية أن:

«Les sources de droit applicables pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire ne se confondent pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige ...; Si cette loi et ces règles de droit peuvent, dans certains cas concerner aussi bien le fond du litige que la clause compromissoire, il est parfaitement possible que dans d'autres cas, celle - ci Soit régie, en raison de son autonomie ...; par des sources de droit qui lui sont propres, distinctes de celles qui gouvernent le fond du litige».

(٢) انظر:

Sentences intérimaires rendues en 1985 et 1986 dans l'affaire No. 4504, clunet 1986, P. 1118, Obs. Sigvard Jarvin.

وقد جاء بهذا الحكم بالفرنسية أن:

«en vertu du principe de l'autonomie, la clause

محكمة التحكيم على أنه «طبقا لمبدأ استقلال شرط التحكيم، فإن شرط التحكيم يمكن أن يخضع فى التحكيمات الدولية لقانون آخر غير ذلك الذى يحكم العقد الأصلى .... كما أن الواقع المتمثل فى أن كل نزاع بين الأطراف الموقعة على شرط التحكيم يجب أن يحسم بالتطبيق لقانون دولة المدعى - وفقا للمادة ١٦/١ من العقد - لا يعنى بالضرورة أن هذا القانون يحكم أيضا نطاق شرط التحكيم كما يتمسك بذلك المدعى لأن الأمر لا يتعلق بتطبيق هذا القانون على موضوع النزاع».

وكذلك الأمر بالنسبة لحكم التحكيم التمهيدى الصادر فى القضية رقم ٥٠٦٥ فى عام ١٩٨٦(١). ففى هذا الحكم أكد المحكم على أن «من الأمور المستقرة أن القانون الذى يخضع له العقد ليس من الضرورى أن يكون هو ذات القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم، بما فى ذلك مسألة وجود هذا الاتفاق».

- compromissoire peut être soumise, dans les arbitrages internationaux, à une loi différente de la loi qui régit le contrat principal ...; le fait que tout litige entre les parties signataires de la clause arbitrale doit être résolu en application du droit du pays du demandeur (art 16 - 1 du contrat), ne signifie pas nécessairement que celui - ci régit aussi la portée de la clause compromissoire comme le demanderresse le soutien car il ne s'agit pas de l'application du droit de fond».

(١) انظر:

Sentence intérimaire rendue dans l'affaire No. 5065 en 1986, clunet, 1987, P. 1039, Obs. Y. Derains.

وقد جاء بالحكم أن:

«C'est une théarie bien connu que le droit auquel est soumi‿ e contrat n' a pas nécessairement bésoin d'être le même que celui qui régit la convention d'arbitrage, y compris la question de l'existence de cette convention».

خلاصة القول: إنه من الأمور المسلم بها الآن في الفقه، والقضاء، وكذلك أحكام التحكيم، أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يترتب عليه إمكانية إخضاع هذا الاتفاق لقانون يختلف عن ذلك الذى يخضع له العقد موضوع النزاع، فلا يشترط أن يخضع اتفاق التحكيم لنفس القانون الذى يحكم العقد، حيث يجوز للأطراف أن يختاروا قانونا معينا ليحكم العقد، وقانونا آخرا ليحكم اتفاق التحكيم. كما أنه فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم، فليس من الضرورى إخضاع هذا الاتفاق للقانون المختار بواسطتهم ليحكم العقد موضوع النزاع. وينسحب ذلك القول على اتفاق التحكيم المتعلق بعقد البترول المبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها وشركة البترول الأجنبية.

الفصل الثالث

القانون واجب التطبيق
على اتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه

تمهيد وتقسيم:

يثير اتفاق التحكيم المتعلق بعقد البترول تنازع القوانين شأنه فى ذلك شأن أى اتفاق تحكيم يتعلق بعقد من العقود ذات الطابع الدولى. وبالتالى يتعين البحث عن القانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق.

وقد يثور التساؤل عن هذا القانون أمام المحكم وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمام المحكم بعدم اختصاصه استنادا إلى عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح أمامه. ففى هذا الفرض يتعين على المحكم البحث عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم للفصل فى مدى صحة الدفع المثار أمامه من عدمه.

وقد يثور التساؤل عنه أيضا أمام القاضى الوطنى سواء قبل الفصل فى النزاع بواسطة المحكمين أو بعد صدور حكم التحكيم. فتثور هذه المسألة أمام القاضى الوطنى وقبل الفصل فى النزاع بواسطة المحكمين، عندما يحمل أحد الطرفين النزاع أمامه بدعوى عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح عليه، ويأتى الطرف الآخر ويدفع بوجود اتفاق التحكيم أو يتمسك بصحته أو بشموله للنزاع المعروض على القاضى. كما تثور هذه المسألة أمام القاضى بعد صدور حكم التحكيم وذلك بمناسبة الاعتراف به وتنفيذه أو من خلال دعوى البطلان التى يرفعها الطرف الصادر ضده الحكم استنادا إلى أن هذا الحكم صدر بدون اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو فى مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم. ففى كل هذه الفروض يتعين على القاضى معرفة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم للتأكد من وجود وصحة هذا الاتفاق.

وتقتضى دراسة هذه المسألة أن نبين أولا القانون الواجب التطبيق. فإذا ماتم معرفة هذا القانون، تعين بعد ذلك تحديد نطاق تطبيقه.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول نتعرف فيه على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والثانى نحدد فيه نطاق تطبيق هذا القانون.

المبحث الأول

القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

مضت الإشارة إلى أن مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم قد تثور أمام المحكم أو أمام القاضى الوطنى. بيد أنه إذا كان القاضى الوطنى لا يجد أية صعوبة فى معرفة هذا القانون، إذ أن قواعد القانون الدولى الخاص فى دولته هى التى تتولى تحديد هذا القانون. فإن الصعوبة تثور أمام المحكم. وذلك لأن هذا الأخير ليس له قواعد إسناد يستعين بها فى تحديد القانون واجب التطبيق.

وينبغى لدراسة هذه المسألة التعرف على آراء الفقهاء التى قيل بها فى هذا الشأن، وموقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، وأخيرا ما أخذت به أحكام التحكيم فى هذا الصدد، وذلك كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

موقف الفقه

اختلف الفقه بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ويمكننا فى هذا الصدد أن نميز بين اتجاهين رئيسيين: الاتجاه الأول: يأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم، أما الاتجاه الثانى فيأخذ بقانون الإرادة المستقلة. ونعرض فيما يلى لهذين الاتجاهين.

أولا: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم: La loi du siège de l'arbitrage

ذهب الأستاذ سوزرهل Sauser_Hall في تقريره الذى قدمه إلى مجمع القانون الدولى فى عام ١٩٥٢(١) إلى التأكيد على الطبيعة المختلطة للتحكيم، تعاقدية وقضائية فى آن واحد. وبناء على هذه الفكرة، ذهب سيادته إلى أن قانون الدولة مقر التحكيم يجب أن يحكم التحكيم فى مجموعه، بما فى ذلك اتفاق التحكيم. مفسرا ذلك بالقول بأن الطابع التعاقدى للتحكيم وفقا لنظرية المؤشرات La Théorie des indices، يقود حتما إلى اسناد التحكيم إلى قانون الدولة ذات الصلة الإقليمية الوثيقة به، وهذه الدولة هى التى يوجد بها مقر محكمة التحكيم. وهى التى يجب أن تسرى على إقليمها إجراءات التحكيم.

وقد تأثر بهذه النظرية مجمع القانون الدولى فى التوصية التى أصدرها فى دور انعقاده بامستردام فى عام ١٩٥٧، فقد نصت المادة الخامسة من هذه التوصية على أن صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ فى الدولة مقر التحكيم(٢).

ولكن هذا الاتجاه قد تعرض لانتقادات عديدة. فمن ناحية أن أصحاب هذا الاتجاه قد تجاهلوا أن الأطراف فى الغالبية العظمى من الحالات يخضعون العقد الأصلى واتفاق التحكيم لقانون واحد. كما أنه فى حالة غياب التعبير الصريح عن إرادتهم، فإن ضوابط الإسناد تعين بالتساوى نفس القانون، لأن الاتجاه الأصح هو أن الأطراف عندما يعتمدون قانونا معينا ليحكم العقد الأصلى، فإنهم يكونوا قد ارتضوا بذلك إخضاع اتفاق التحكيم لنفس القانون(٣).

---

(١) انظر:
Sauser - Hall (G.), L'arbitrage en droit international privé, A.I.D.I., 1952, Tome 1, P. 530.

(٢) انظر: A.I.D.I., 1957, Tom 11, PP. 479 etSS.

(٣) انظر:
Fouchard (Ph.), L'arbtrage commercial ...., Op. Cit., P. 68, No. 115.

ومن ناحية ثانية فإنه طبقا لقانون الإرادة المستقلة، فإن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم يستند إلى معطيات موجودة سلفا منذ لحظة إبرام هذا الاتفاق. على العكس من ذلك، فإنه طبقا لنظرية قانون مقر التحكيم، يتعذر تحديد القانون واجب التطبيق حتى لحظة صدور حكم التحكيم، فطبقا لأى قانون يحسم المحكمون إذن مسألة صحة اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكان التحكيم مؤكدا منذ البداية(١). وكيف يتوقف تحديد هذا القانون على حدث لاحق غير مؤكد لا يتم إلا تطبيقا لهذا الاتفاق الذى يجب افتراض صحته منذ البداية(٢).

ومن ناحية ثالثة فإنه طبقا لقانون الإرادة المستقلة، فإن القانون واجب التطبيق يتم تحديده بناء على الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف أو بناء على العناصر الموضوعية فى حالة غياب إرادة الأطراف، بينما طبقا لنظرية قانون مقر التحكيم، فإنه إذا لم يحدد الأطراف مكان التحكيم فإن على المحكمين تحديده، وإنه من الأفضل اعتماد تحديد القانون واجب التطبيق على إرادة الأطراف أو العناصر الموضوعية بدلا من اعتماده على إرادة المحكمين التى تبدو أحيانا تعسفية(٣).

هذا بالإضافة إلى أن اختصاص قانون الدولة مقر التحكيم يصطدم، (على نحو ما سنرى عند فحص القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم)، بالكثير من الصعوبات الجادة، سواء بسبب عدم تحديد الأطراف مكان التحكيم أو لأن هذا المكان لا يمكن تحديده على وجه اليقين كما فى حالة التحكيم بالمراسلة. كما قد يتم تحديد مقر التحكيم لاعتبارات الملاءمة المحضة أو لاعتبارات أجنبية بعيدة عن النزاع(٤).

---

(١) انظر:

Fragistas (Ch.N.), Op. Cit., P. 8.

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L´arbitrage commercial ..... Op. Cit., P. 70, No. 120.

(٣) انظر: Fragistas (Ch. N.), Op. Cit., PP. 8 - 9.

(٤) انظر:

Fouchard (Ph.), L´arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 70, No. 120.

ثانيا: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة: La Loi d'autonomie

يذهب الرأى الغالب فى الفقه(١) إلى الأخذ فى المقام بقانون الإرادة المستقلة مفضلا إياه على قانون الدولة مقر التحكيم وذلك على أساس أن الطبيعة التعاقدية للتحكيم وإن لم يكن مسلما بها بصفة مطلقة إلا أنها تعد راجحة وغالبة فى هذه المرحلة. (مرحلة اتفاق التحكيم)، على الطبيعة القضائية. فاتفاق التحكيم أيا كانت صورته، سواء أتخذ صورة اتفاق التحكيم المستقل La Compromis أو شرط التحكيم La clause compromissoire، هو عبارة عن عقد Un Contrat، ولا ينبغى أن يعامل فى إطار القانون الدولى الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود الأخرى. ومن ثم فإن قواعد القانون الدولى الخاص التى تحكم العقود بصفة عامة هى التى تنطبق على اتفاق التحكيم. وبالتطبيق لهذه القواعد، فإن القانون الذى يطبق على اتفاق التحكيم هو ذلك القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم - أى قانون الإرادة المستقلة - حيث تخضع العقود ذات الطابع الدولى فى تشريعات مختلف الدول لقاعدة سلطان الإرادة. والتى لا زالت قاعدة مستقرة فى القانون الدولى الخاص. ويقوم عليها أصلا نظام التحكيم ككل وليس اتفاق التحكيم فحسب.

---

(١) راجع بصفة خاصة:

Pallieri (B.), Op. Cit., P. 341; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 70, No. 119; Fragistas (Ch. N.), Op. Cit., P. 7; Bernard (A.), Op. Cit., PP. 409 - 410; Motulsky (H.), les conditions de validité des clauses compromissoires et la compétence des arbitres à cet égard, Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, P. 335; Laussouarn (Y.), et Bredin (J.D.), Op. Cit., P. 97, No. 85; Robert (J.), Larbitrage, droit interne et droit international prive, Dalloz, 1993, P. 236, No. 267.

وراجع فى الفقه المصرى: أستاذنا الدكتور، إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٦٤ ومابعدها.

ولا يواجه الحل المتقدم أدنى صعوبة فى حالة قيام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم صراحة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة. بينما يصعب إعمال هذا الحل فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف. حيث يثور التساؤل فى هذه الحالة عن القانون الذى يتعين على المحكم اللجوء إليه. فهل يلجأ المحكم إلى قانون الدولة مقر التحكيم أم إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على موضوع النزاع؟

١ - إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

قد يكتفى الأطراف بتحديد مقر التحكيم فى دولة معينة بدون الإفصاح صراحة عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. فى هذا الفرض، يرى أنصار قانون الإرادة المستقلة(١) أنه من المناسب أن نستخلص

---

(١) انظر على وجه الخصوص:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 71, No. 123; Lalive (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ....., Op. Cit., P. 632; Fragistas (Ch. N.), Op. Cit., P. 19.

وانظر أيضا:

Robert (J.) et Moreau (B.), Arbitrage international, Dalloz, procedure civile, 1989, No. 19.

حيث ذكر أنه فى حالة سكوت الأطراف، فإنه يجب اللجوء إلى التوطين الموضوعى لاتفاق التحكيم، وبالتالى يمكن الأخذ بقانون مكان التحكيم إذا كان محددا.

وانظر أيضا:

Robert (J.), L'arbitrage ... Op. Cit., P. 236, No. 267.

وأيضا:

Carabiber (Ch.), L'arbitrage international de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1960, P. 92.

حيث يذكر أنه فى حالة غياب الخيار الصريح من جانب الأطراف، فإن على المحكمين الكشف عن ضابط الإسناد الرئيسى وهو ما يؤدى إلى ربط التحكيم بالدولة التى يكون له علاقة وثيقة بها، وهى فى أغلب الأحوال الدولة التى يجرى على إقليمها إجراءات التحكيم.

وانظر أيضا:

Loussouarn (Y.) et Bredin (J-D.), Op. Cit., P. 98, No. 85. -

فى هذه الحالة أن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو اختيار قانون هذه الدولة، أى الدولة مقر التحكيم، ليطبق على اتفاق التحكيم، وبصفة خاصة فى الحالة التى يكون فيها مقر التحكيم مركزا دائما للتحكيم لأن ذلك يعد سندا إضافيا لتطبيق قانون بلد هذا المركز التحكيمى.

ومع ذلك، ذهب جانب من هؤلاء الفقهاء[١] إلى القول بأن الأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف ليس معناه أن مكان التحكيم يجب الأخذ به دائما كضابط للإسناد أو أنه يعد دائما كافى فى الدلالة على الاختيار الضمنى للأطراف أو التوطين الموضوعى لاتفاق التحكيم، وإنما يعد أحد الضوابط التى يمكن للمحكم أو القاضى الاستناد عليها بالتنسيق مع الضوابط الأخرى، والتى يمكن أن نذكر منها البلد محل ابرام اتفاق التحكيم وخصوصا عندما يكون هو أيضا بلد جنسية أو محل إقامة الأطراف أو المقر المشترك لهم، عندئذ من الجائز أن نفترض أن قانون هذا البلد أراد الأطراف أن يروه مطبقا على اتفاق التحكيم.

٢ - إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذى يحكم العقد موضوع النزاع:

يرى أنصار قانون الإرادة المستقلة[٢] أنه إذا كان مبدأ استقلال

= حيث ذكر أن مكان التحكيم يعتبر ذا دلالة هامة على اتجاه إرادة الأطراف نحو اختيار قانون الدولة مكان التحكيم. وأيضا د. ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٦٧.

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ....., Op. Cit., J-Cl. Dr. Int., fasc 586-1 No. 46 etS.; Arbitrage ....., Op. Cit., Dalloz, Dr. Int., P. 121, No. 111-112.

وأيضا:

Lalive (P.), Problèmes relatifs ̀a l'arbitrage .... Op. Cit., P. 632.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage .... Op. Cit., J-Cl, dr. int. fasc 586-1, No. 49 et 50.

اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى يعنى من ناحية أن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون له اسناد مستقل، وبالتالى يمكن للأطراف اختيار قانون ليحكم اتفاق التحكيم يختلف عن ذلك الذى يحكم العقد، ومن ناحية أخرى أنه فى حالة سكوت الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لا يلتزم المحكمون بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم العقد موضوع النزاع على اتفاق التحكيم، مع ذلك فإن اختيار الأطراف لقانون معين ليطبق على العقد يعتبر دلالة قوية على اتجاه إرادة الأطراف نحو اختيار هذا القانون ليطبق أيضا على اتفاق التحكيم.

ويبرر البعض منهم(١) هذا الحل بالقول بأنه يحقق وحدة النظام القانونى لعلاقات الأطراف كما أنه يحد من إمكانيات حدوث تنازع القوانين وتعقيداتها. كما يرى البعض الآخر(٢) أن هذا الحل يبدو منطقيا حيث توجد صلة حقيقية بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلى، فالأول هدفه تسوية المنازعات الناشئة عن الثانى.

مجمل القول: إن الاتجاه السائد لدى الفقه هو خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، أى القانون المختار صراحة بواسطة الأطراف ليطبق على اتفاق التحكيم. وأنه فى حالة تخلف قانون الإرادة، يخضع اتفاق التحكيم لقانون الدولة محل التحكيم أو القانون المختار بواسطة الأطراف ليطبق على العقد موضوع النزاع.

- وفى نفس المعنى راجع أيضا:

Fouchard (Ph.), L'arbitage commercial .... Op. Cit., P. 71, No. 112: Fragistas (Ch.N.), Op. Cit., PP. 19 - 20; Lalive (P.), problèmes relatifs à l'arbitrage .... Op. Cit., P. 638.

(١) انظر:

Lalive (P.), problèmes relatifs 'a l'arbitrage .... Op. Cit., P. 638.

(٢) انظر:

Cohen (D.), La soumission de l'arbitrage international 'a la loi Française, Rev. Arb., 1991, P. 155 etSS, Spéc. PP. 168 - 169, N° 32.

المطلب الثانى

موقف الاتفاقيات الدولية

أولا - اتفاقية نيويورك فى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٨:

طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذه الاتفاقية لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدم الخصم المتمسك ضده بالحكم الدليل على أن «اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذى أخضع الأطراف الاتفاق له أو عند عدم النص على ذلك، وفقا لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم».

يتضح من هذا النص أن اتفاقية نيويورك قد أخذت فى المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة، ومن ثم يتعين الرجوع أولا إلى القانون الذى حتاره الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم. وبهذا تكون الاتفاقية قد حسمت الخلاف الذى كان قائما فى السابق - على نحو ما رأينا - بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الارادة، وأنصار الاتجاه الذى كان يعطى الأولوية لتطبيق قانون مقر التحكيم.

وفى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف أوجبت الاتفاقية الأخذ بقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم. ومن ثم يمكن القول بأن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فى حالة غياب التحديد الصريح من قبل الأطراف، تعتبر محلولة فى ظل اتفاقية نيويورك، حيث يوجد قانون مختص إحتياطيا وهو قانون المكان الذى يصدر فيه حكم التحكيم(١). كما يمكن القول أيضا بأن الاتفاقية

---

(١) راجع فى نفس المعنى:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 64, N°. 110.; David (R.), L'arbitrage dans le commerce international, économica, 1982, PP. 305 etSS, No. 243; Béguin (Jacques), L'arbitrage commercial international, les éditions Yvon Blais inc, 1987, P. 123; Goldman (B.), Arbitrage ..., Dalloz, dr. int., P. 125, No. 160 et 162. et Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl., dr. int., Fasc, 586-1, No,. 60.

بموجب هذا الحل تكون قد وضعت حدا للخلاف التقليدى الذى ينشأ فى حالة عدم قيام الأطراف بالاختيار الصريح للقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم بين أنصار الحلول الشخصية Les subjectivistes، أى أولئك الذين يؤثرون البحث عن الإرادة المفترضة للأطراف، وأنصار الحلول الموضوعية Les objectivistes الذين يرون توطين عناصر العلاقة فى ظل نظام قانونى معين دون حاجة للبحث عن إرادة لا وجود لها(١).

ومع ذلك يبدو أن الاتفاقية لم تعالج سوى فرض واحد، هو الفرض الذى تثار فيه مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضى الوطنى بمناسبة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، أى بعد صدور حكم التحكيم. ففى هذه الحالة يكون معلوما لدى القاضى الدولة التى صدر فيها الحكم، ومن ثم يجب عليه الرجوع إلى قانون هذه الدولة.

ولم تعالج الاتفاقية الفرض الذى تثور فيه هذه المشكلة أمام المحكم أو القاضى قبل صدور حكم التحكيم دون أن يحدد الأطراف القانون واجب التطبيق. وليس هذا الفرض فرضا نظريا، فقد يحدث أنه عندما يلجأ أحد الأطراف إلى التحكيم فإن الطرف الآخر قد يدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم مؤسسا دفاعه على بطلان اتفاق التحكيم. وكذلك الحال أيضا بالنسبة للقاضى الوطنى عندما يدفع أمامه بعدم الإختصاص المبنى على اتفاق تحكيم متنازع فى صحته. ففى مثل هذه الأحوال، كيف يمكن للقاضى الوطنى أو المحكم تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم مادام أن الأطراف

- وفى نفس المعنى فى الفقه المصرى أنظر: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ...... المرجع السابق، ص ص ٢١٥ - ٢١٦، بند ١٧٧؛ د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص ص ٢١ - ٢٢، بند ٣٠.

(١) راجع فى ذلك:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 74, No. 126.

وانظر أيضا: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٢١٨، بند ١٧٧.

لم يعبروا عن إرادتهم فى هذا الصدد، كما أن البلد الذى يصدر فيه حكم التحكيم لم يتحدد بعد(١).

ونحن نرى أن الحل الواجب الاتباع فى هذا الفرض يتمثل فى خضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مكان التحكيم إذا ما كان هذا المكان محددا بداية فى اتفاق التحكيم وإلا تعين اللجوء إلى القانون المختار صرا بواسطة الأطراف ليحكم العقد موضوع النزاع وذلك أخذا بالاتجاه ا... لدى الفقه على نحو ما سبق أن رأينا.

ثانيا: الاتفاقية الأوروبية المبرمة فى جنيف فى ٢١ أبريل سنة ١٩٦١:

نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من هذه الاتفاقية على أن «تفصل محاكم الدول المتعاقدة فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم، وفى المسائل الأخرى: أ - وفقا للقانون الذى أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم. ب - وفى حالة عدم اتفاق الأطراف، وفقا لقانون البلد الذى يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم، جـ - وفى حالة عدم اتفاق الأطراف، وكان من غير الممكن معرفة البلد المحتمل أن يصدر فيه حكم التحكيم فى اللحظة التى يكون فيها الأمر معروضا على المحكمة القضائية، تفصل المحكمة وفقا للقانون الذى تعينه قواعد التنازع فى دولتها».

---

(١) فى نفس المعنى راجع:

David (R.), Op. Cit., P. 305 etSS, No. 243; Bourdin (R.), La convention d'arbitrage international en droit Français depuis le decret du 12 Mai 1981, droit et pratique de l'arbitrage international en France, FEDUCI, Paris, 1984, P. 31; Goldman (G.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-1, No. 61.

عكس ذلك راجع د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ص ٢١٩ - ٢٢٠، حيث ذكرت أن اتفاقية نيويورك قد أتت بقاعدة إسناد احتياطية تعالج كل الحالات الأخرى التى لا يوجد بصددها قانون إختاره الأطراف بالتطبيق لقاعدة الإسناد الأصلية. إن هذه القاعدة المذكورة تغطى كل الفروض الممكنة.

وتنص المادة التاسعة فى فقرتها الأولى على جواز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كان اتفاق التحكيم «غير صحيح وفقا للقانون الذى أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم أو قانون البلد الذى صدر فيه حكم التحكيم، فى حالة عدم اتفاق الأطراف».

وكما هو واضح من هذين النصين فإن الاتفاقية الأوربية قد أخذت بنفس الحلول التى سبق وأن أخذت بها اتفاقية نيويورك. فقد أخذت بصفة رئيسية بقانون الإرادة المستقلة ليحكم اتفاق التحكيم. وفى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، قررت الاتفاقية قاعدة إسناد إحتياطية مفادها خضوع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذى صدر فيه حكم التحكيم.

وقد واجهت الاتفاقية الأوربية الفرض الذى تثور فيه مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضى الوطنى وقبل صدور حكم التحكيم. وقد ميزت الاتفاقية بين حالتين: الحالة الأولى: إذا كان من الممكن توقع البلد الذى يصدر فيه حكم التحكيم، فإن قانون هذا البلد هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. والحالة الثانية إذا لم يكن من الممكن معرفة البلد المحتمل صدور حكم التحكيم فيه، فإن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو القانون الذى تعينه قواعد تنازع القوانين فى المحكمة المعروض عليها النزاع. وبعبارة أخرى قواعد تنازع القوانين فى قانون دولة القاضى.

ومع ذلك تظل مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم قائمة فى الفرض الذى تثور فيه هذه المسألة أمام محكمة التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، ويكون من غير الممكن معرفة البلد الذى يصدر فيه حكم التحكيم. ففى هذا الفرض، فإن الحل الذى قررته الاتفاقية، بالنسبة للقاضى الوطنى، من الصعب تطبيقه بالنسبة للمحكم وذلك لأن المحكم ليس له قانون اختصاص Lex Fori أو قواعد إسناد يمكنه أن يلجأ إليها كما هو الحال بالنسبة للقاضى الوطنى. ومن ثم يثور التساؤل عن الحل الواجب الاتباع فى هذا الفرض(١).

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-1. No. 68.

ذهب بعض الفقهاء(١) إلى أن الحل فى هذا الفرض هو السماح للمحكم باللجوء إلى قاعدة التنازع التى يراها مناسبة Appropriée، أى أن يحدد مباشرة القانون واجب التطبيق بدون اللجوء إلى أية قاعدة تنازع قوانين فى دولة بعينها.

بيد أننا نرى أن الحل الواجب الاتباع فى هذا الفرض هو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مكان التحكيم إذا كان هذا المكان محددا فى اتفاق التحكيم، وإلا تعين اللجوء إلى القانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم العقد موضوع النزاع، على نحو ما سبق أن ذكرنا.

مجمل القول أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتى تعرضت لمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوربية، قد أخذت بالاتجاه السائد لدى الفقه وهو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وفى حالة تخلف قانون الإرادة، لقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم، مع الأخذ فى الحسبان أن قانون الدولة التى صدر فيها الحكم غالبا ما يكون هو نفسه قانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم، أى قانون مكان التحكيم.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا الحل قد تبناه القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥. فقد نصت المادة (٢/٣٤) من هذا القانون على أنه لا يجوز لمحاكم الدولة التى تتبنى هذا القانون إبطال حكم التحكيم إلا إذا أثبت الطرف المدعى أن «اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذى أخضعه له الأطراف. وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، وفقا لقانون هذه الدولة». كما نصت المادة (١/٣٦) من هذا القانون على أنه لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إلا إذا أثبت الطرف المتمسك ضده بالحكم «أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذى أخضعه له الأطراف. وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، وفقا لقانون البلد الذى صدر فيه حكم التحكيم».

---

(١) انظر: IBid.

فكما هو واضح من هذين النصين فإن القانون النموذجي قد أخذ فى المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة، كما أخذ فى المقام الثانى بقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم.

المطلب الثالث

موقف القوانين الوطنية

تعرضت بعض التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم لمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بيد أنها لم تتخذ موقفا موحدا فى هذا الخصوص. فقد نصت المادة (١٧٨/٢) من القانون السويسرى الجديد للتحكيم الدولى الخاص الصادر فى ١٨ ديسمبر عام ١٩٨٧ على أنه «يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الموضوع إذا توافرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذى يحكم موضوع النزاع (وخصوصا القانون الذى يحكم العقد الأصلى) أو القانون السويسرى».

ويستفاد من هذا النص أنه يكفى لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية التى يتطلبها أحد القوانين الثلاثة الآتية: ١ - القانون المختار من قبل الأطراف. ٢ - القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (وخصوصا العقد الأصلى) سواء أكان هذا القانون مختارا من قبل الأطراف أو من قبل المحكمين. ٣ - القانون السويسرى باعتباره قانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم.

ويترتب على ذلك أن المحكم الذى يتخذ من سويسرا مقرا للتحكيم، يجب عليه تقرير صحة اتفاق التحكيم، حتى ولو لم تتوافر فيه الشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون السويسرى أى قانون مقر التحكيم، مادام قد توافرت فى هذا الاتفاق الشروط التى يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق عليه أو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع(١).

---

(١) راجع النص والتعليق عليه فى:
Lalive (P.), Poudret (J-F) et Reymond (C.), Op. Cit PP. 321 - 325.

ويستخلص بعض الفقهاء(١) من هذا النص أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو القانون الذى يقرر صحة هذا الاتفاق. فلو أن القانون المختار بواسطة الأطراف - أى قانون الإرادة - يترتب على تطبيقه تقرير بطلان اتفاق التحكيم، فإن هذا الاختيار يصبح عديم الأثر ويكون القانون السويسرى باعتباره قانون مقر التحكيم أو القانون الذى يحكم موضوع النزاع هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

ولقد أخذ بنفس الحل المتقدم المشرع الجزائرى فى قانون التحكيم الجديد الصادر فى ٢٣ أبريل لسنة ١٩٩٣، فطبقا للمادة ٤٥٨ مكرر «١» يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الموضوع إذا توافرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم هذا الاتفاق أو القانون الذى يحكم موضوع النزاع وبصفة خاصة القانون واجب التطبيق على العقد الأصلى أو القانون الجزائرى.

ويرى بعض الفقهاء(٢) أنه يمكن إسناد اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم وذلك بالتطبيق للمادة الخامسة من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، باعتبار أن الجزائر طرفا فى هذه الاتفاقية.

وإلى جانب الحل المتقدم الذى أخذ به كل من القانون السويسرى والقانون الجزائرى، فقد أخذ القانون الأسبانى الجديد بشأن التحكيم رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨ بحل آخر مغاير. فقد نصت المادة (٦١) من هذا القانون على

- وانظر أيضا:

Budin (R.), La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international, Rev. Arb. 1988, P. 54; Tschanz (P.Y.), le nouveau droit suisse de l'arbitrage international, R.D.A.I., 1988, P. 440.

(١) راجع:

Tschanz (P.Y.), La convention d'arbitrage, R.D.A.I., 1989, PP. 751, et 752.

(٢) انظر:

Issad (M.), Le décret législatif .... Op Cit., P. 380.

أن «يحكم صحة اتفاق التحكيم وأثاره القانون المختار صراحة بواسطة الأطراف بشرط أن توجد صلة بينه وبين العقد الأصلى أو موضوع النزاع. وفى حالة تخلف الاختيار الصريح من قبل الأطراف، يطبق القانون الذى يحكم العقد الأصلى الناشىء عنه النزاع. وفى حالة عدم وجود هذا القانون، يطبق قانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم. وإذا لم يكن من الممكن تحديد هذا القانون، يطبق قانون محل ابرام اتفاق التحكيم»(١).

وكما هو واضح من النص اعتد المشرع الأسبانى فى المقام الأول بالقانون المختار صراحة من قبل الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم. هذا مع مراعاة أن المشرع لم يعط للأطراف الحرية المطلقة فى الاختيار بل منحهم حرية مقيدة بشرط وجود صلة بين القانون المختار من قبلهم ليحكم اتفاق التحكيم والعقد موضوع النزاع.

وفى حالة عدم وجود قانون مختار صراحة بواسطة الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم، أوجب المشرع تطبيق القانون الذى يحكم العقد موضوع النزاع إذا كان هذا القانون محددا. وفى حالة عدم تحديد قانون معين ليحكم العقد موضوع النزاع، أوجب على المحكم الاعتداد بقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم. وفى الفرض الذى يتعذر فيه معرفة هذه الدولة مقدما، أوجب المشرع تطبيق قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكيم.

وبهذا يكون المشرع الأسبانى قد واجه كافة الفروض التى يمكن أن تثور فيها مشكلة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

---

(١) راجع النص بالفرنسية حيث يقول:

«La validité de la convention d'arbitrage et ses effets sont régis par la loi expressement désignée par les parties, à la condition qu'elle ait un rapport avec l'opération juridique principale ou avec le litige; à défaut par la loi applicable à l'operation juridique d'où découle le litige; et à défaut par la loi du lieu du prononce de la sentence et, si celui-ci n'est pas détermine, par la loi du lieu de conclusion de la convention d'arbitrage».

راجع نصوص هذا القانون فى:

Rev. Arb., 1989, P. 353 etSS. Spéc. P. 368.

وفيما عدا هذه التشريعات التى عرضنا لها، فإن معظم التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم لم تتضمن نصا يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ففى فرنسا، جاء القانون الفرنسى للتحكيم الدولى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١ صامتا بالنسبة للقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم.

وإذا كان هناك اتفاق بين الفقهاء على أن قانون الإرادة المستقلة هو القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا أن الخلاف قد دب بينهم حول تحديد هذا القانون فى حالة غياب القانون المختار بواسطة الأطراف. فقد ذهب بعض الفقهاء(١) إلى أنه فى حالة غياب الخيار الصريح من قبل الأطراف، فإن على المحكم (أو القاضى) توطين هذا الاتفاق فى إطار نظام قانونى معين، مع الأخذ فى الاعتبار كل الظروف المحيطة التى تدل على الإرادة الضمنية للأطراف فى هذا الخصوص. ويعتبر مكان التحكيم أحد الضوابط الأكثر تعبيرا فى هذا الصدد، وإن كان لا يلعب دورا احتياطيا للإسناد بصفة آلية.

فى حين ذهب البعض الآخر(٢) إلى أنه فى حالة غياب القانون

---

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage international ...., Op. Cit., P. 382 etSS., No. 15.

(٢) انظر:

Bourdin (R.), Op. Cit., PP. 31 etSS.

وفى نفس المعنى راجع:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc 586-1, No. 52, 53.

حيث يرى أنه على الرغم من أن قانون التحكيم الفرنسى لم يتضمن نصا يتعلق بالقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا أن هذا القانون قد تضمن مادتين هما: المادة ١٤٩٤ وتتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، =

المختار بواسطة الأطراف، فإن القانون الذى يجب أن يخضع له اتفاق التحكيم هو القانون الذى يحكم العقد الأصلى موضوع النزاع، وذلك على أساس أن قانون التحكيم الفرنسى قد فوض المحكمين فى تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف. ومن ثم فإنه من غير المتصور أن يتمتع المحكم بحرية كاملة فى اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويكون ملزما باتباع قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. بالإضافة إلى ذلك فإن الحل الذى يعطى للمحكم حرية اختيار القواعد واجبة التطبيق على العقد موضوع النزاع ثم يلزمه باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم ينطوى على تشويه لإرادة الأطراف. فهذا الحل ربما يؤدى إلى تطبيق قانونين مختلفين أو على وجه أكثر دقة إلى تطبيق طريقتين مختلفتين فى تحديد القانون واجب التطبيق، أحدهما بالنسبة للعقد الأصلى، والآخر بالنسبة لاتفاق التحكيم. أما الحل الذى نقترحه يؤدى إلى إخضاع كل من العقد الأصلى واتفاق التحكيم إلى قانون واحد.

= وقد أعطت للأطراف فى المقام الأول سلطة تحديد هذا القانون، وفى حالة عدم اتفاق الأطراف أعطت هذه السلطة للمحكمين. والمادة ١٤٩٦ وتتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد أعطت للأطراف فى المقام الأول الحرية فى تحديد هذا القانون، وفى حالة عدم اتفاق الأطراف، أعطت هذه الحرية للمحكمين.

ويرى الفقيه أنه إذا كان من غير الممكن اللجوء إلى المادة ١٤٩٤ المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعد عنصرا من عناصر إجراءات التحكيم، فإنه يمكن اللجوء إلى المادة ١٤٩٦ لتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. ولقد فسر ذلك بقوله إذا كان من الصحيح أن المادة ١٤٩٦ تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع إلا أن صياغتها تتسع لتشمل أيضا اتفاق التحكيم، إذ أنها تنص على أن «يفصل المحكم فى النزاع» ولفظ النزاع يشمل النزاع القائم حول وجود أو صحة أو تفسير اتفاق التحكيم. كما أن هذا الحل يعطى للمحكم الحرية فى اختيار القواعد واجبة التطبيق على اتفاق التحكيم فى حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف، فلا يلزمه بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف أو التوطين الموضوعى لاتفاق التحكيم، ويسمح له بتطبيق قواعد قانونية عبر دولية Transnational مع الزامه بمراعاة الأعراف التجارية فى جميع الأحوال.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد أراح نفسه من عناء مشكلة البحث عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ووضع قاعدة مفادها صحة اتفاق التحكيم فى مجال العلاقات الدولية الخاصة استقلالا عن أى قانون وطنى. فبعد أن أكد القضاء الفرنسى فى العديد من أحكامه على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى والنظام القانونى الذى يحكمه. فإنه لم يتوقف عند هذا الحد بل ذهب إلى حد تقرير استقلال اتفاق التحكيم عن كل قانون وطنى.

وكان من أوائل الأحكام التى صدرت فى هذا الصدد، حكم محكمة استئناف باريس فى قضية Hecht الصادر فى ١٩ يونيه لسنة ١٩٧٠(١). فبعد أن أكدت محكمة الاستئناف استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلى بعبارات مرادفة لتلك التى استخدمها قضاء Gosset، بيد أنها ذهبت إلى مدى أبعد من مجرد ترتيب النتائج التى تترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذى يتضمنه. فهذا الحكم لم يسند اتفاق التحكيم إلى قانون وطنى لدولة معينة، واستخلص صحة هذا الاتفاق من مجرد اتفاق إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم. وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم بموجب حكمها الصادر فى ٤ يوليو سنة ١٩٧٢(٢).

وقد ذهب البعض(٣) إلى أن محكمة النقض، بموجب حكمها هذا، قد قررت قاعدة موضوعية مفادها صحة اتفاق التحكيم فى المعاملات الدولية

---

(١) راجع الحكم منشور فى:
Rev. Arb., 1972, P. 67, Note. Ph. Fouchard.

(٢) انظر الحكم منشور فى:
Rev. Arb., 1974, P. 89 et clunet 1972, P. 843, Note. B. Oppetit.

(٣) انظر:
Francescakis (Ph.), le principe Jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation, Rev. Arb., 1974, P. 82, No. 25.

الخاصة تطبق أيا كان القانون الداخلى واجب التطبيق سواء أكان هذا القانون هو القانون الفرنسى أم هو قانون أجنبى، وبصرف النظر عن القانون الذى يحكم العقد الأصلى أو ذلك الذى يحكم شرط التحكيم.

ثم عادت محكمة استئناف باريس وأكدت من جديد فى حكمها، الصادر فى ٢٥ يناير عام ١٩٧٢(١)، ليس فقط أن اتفاق التحكيم لا يخضع للقانون الذى يخضع له العقد الأصلى، بل قررت صحة اتفاق التحكيم استنادا إلى إرادة الأطراف ولائحة مركز التحكيم الذى ارتضى الأطراف الخضوع له، وذلك دون أن تستند إلى قانون وطنى معين يقرر صحة هذا الاتفاق.

كما أكدت محكمة استئناف باريس هذه القاعدة وبعبارات صريحة فى حكمها الصادر فى قضية Meniccucci فى ١٢ ديسمبر عام ١٩٧٥(٢). فقد أكدت محكمة الاستئناف فى هذا الحكم على أنه «دون أن يكون هناك محل للبحث عن القانون واجب التطبيق على العقد أو إجراءات التحكيم .... فإنه يكفى لقبول الدفع بعدم الاختصاص - والذى رفضه قاضى أول درجة استنادا إلى بطلان شرط التحكيم - التأكيد على أن هذا الشرط يعد صحيحا استقلالا عن الاستناد إلى أى قانون وطنى».

كما أكدت محكمة الاستئناف على هذه القاعدة فى حكمها الصادر فى ٢٦ مارس عام ١٩٩١(٣)، حيث قضت فى هذا الحكم بأنه «فى إطار المعاملات الدولية، فإن مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم يكرس استقلال اتفاق التحكيم تجاه النصوص الموضوعية للعقد المتعلق به وتجاه القانون الداخلى الواجب التطبيق على هذا العقد» وبناء عليه أستبعدت المحكمة

---

(١) انظر الحكم فى:
Rev. Arb., 1973, P. 158, Note Ph. Fouchard.

(٢) راجع الحكم فى:
Clunet 1977, P. 106, Note. E. Loquin.; Rev. Crit., 1976, P 507, Note. B. Oppetit.

(٣) راجع الحكم:
Rev. Arb., 1991, P. 456, Not. Hélène Gaudement - tallon.

تطبيق القانون الليبى، باعتباره القانون واجب التطبيق على العقد، من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم، وفى نفس الوقت لم تستند إلى أى قانون وطنى فى تقرير صحة هذا الاتفاق.

ونحن لا نتفق مع ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن، ونرى أنه من الضرورى إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانونى وطنى معين يتحدد على أساسه ما إذا كان اتفاق التحكيم صحيحا أم باطلا. حيث يبدو لنا أن تقرير صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الاستناد إلى نظام قانونى وطنى معين ليس إلا تطبيقا لنظرية العقد بدون قانون، تلك النظرية التى تعرضت للكثير من الانتقادات على نحو ما سنرى عند بحث مسألة القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع. إن أى عقد لا يمكنه أن ينشأ فى فراغ بل لابد أن يستند إلى نظام قانونى وطنى معين يستمد منه صحته وقوته الملزمة. فالإرادة وحدها لا يمكنها إحداث أى أثر قانونى إلا إذا اعترف لها القانون واجب التطبيق بالقدرة على إحداث هذا الأثر. كذلك الشأن بالنسبة لاتفاق التحكيم. فهذا الاتفاق باعتباره عقد يجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية والشكلية التى يتطلبها القانون الذى يحكمه حتى يمكنه أن ينشأ صحيحا(١).

كما أن تقرير صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الاستناد إلى قانون وطنى معين معناه أن هذا الاتفاق لا يمكن تقرير بطلانه بسبب نقص فى أهلية أحد الأطراف أو عيب فى الرضاء أو عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، وهو مالايمكن قبوله. هذا بالإضافة إلى أن هذه القاعدة التى وضعها القضاء الفرنسى والتى مفادها صحة اتفاق التحكيم استقلالا عن كل قانون وطنى قد أثارت العديد من التساؤلات لا سيما فيما يتعلق بمصدرها وطبيعتها. فقد ثار التساؤل حول مصدر هذه القاعدة وما إذا كانت قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى أم أنها

---

(١) راجع فى نفس المعنى:
Gaudement - tallon (H.), Note sous Paris, 26 Mars 1991, Rev. Arb., 1991, P. 456, Spéc. P. 467 etSS.

قاعدة دولية من قواعد التحكيم الدولى أو ما يسمى بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria. ولم تتضمن الأحكام المقررة لهذه القاعدة أى إجابة لهذا التساؤل. ولقد اختلف الفقه بشأنه، فذهب رأى إلى أن هذه القاعدة تنتمى إلى قانون التجارة الدولية(١)، فى حين ذهب رأى آخر إلى أنها قاعدة موضوعية فى القانون الدولى الخاص الفرنسى(٢).

كما ثار التساؤل أيضا عما إذا كانت هذه القاعدة ذات طابع مطلق بمعنى أن استقلال اتفاق التحكيم تجاه كل قانون وطنى استقلال كلى أم أن هناك مسائل تخرج عن نطاق هذه القاعدة، ومن ثم يتعين إسنادها إلى قانون وطنى معين يتم تحديده طبقا لقواعد التنازع، مثل المسائل المتعلقة بالأهلية، والتراضى، ومدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. وفى هذا الصدد ذهب جانب من الفقه(٢)، ممن علقوا على هذه الأحكام، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من استمرار خضوع هذه المسائل للقانون المعين بواسطة قواعد تنازع القوانين.

ويمكننا أن نضيف إلى ما تقدم أن هذا الحل المذكور لا يتفق مع الحلول التى قررتها اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوربية والتى تتمثل فى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة أو قانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم فى حالة عدم وجود قانون مختار من قبل الأطراف.

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Not Sous L'arrêt Hecht, Paris 19 Juin 1970, J.C.P., 1971, 11, 16927.

(٢) انظر:

Francescakis (Ph.), Op. Cit., No. 29; Opetit (B.), Note Sous Paris, 13 Décembre 1975, Rev. Crit., 1976, P. 507, Spéc. P. 514; Loquin (E.), Note Sous Paris, 13 Décembre 1975, clunet 1977, P. 106, Spéc. P. 112; Boisseson (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 487, No. 577 et P. 493, No. 580.

(٢) انظر:

Francescakis (Ph.), Op. Cit., No. 31; Oppetit (B.), Note précitée; Loquin (E.), Note Précitée.

وفى مصر، لم يتضمن قانون التحكيم الحالى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أى نص يتعلق بمسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وذلك على الرغم من أن هذه المسألة يمكن أن تثور - طبقا لهذا القانون - أمام هيئة التحكيم أو القاضى الوطنى. تثور مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم عندما يدفع أحد الأطراف بعدم اختصاصها استنادا إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه (م ١/٢٢) أو أمام القاضى الوطنى بمناسبة الطعن فى حكم التحكيم بالبطلان وذلك عندما يطعن أحد الأطراف ببطلان الحكم استنادا إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه (م ١/٥٣).

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق ليس محل جدل، فإن التساؤل يثور بشأن تحديد هذا القانون فى حالة غياب القانون المختار بواسطة الأطراف. وفى هذا الصدد ذهب جانب من الفقه(١) فى مصر إلى إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مكان التحكيم كما حدده الأطراف أو كما يحدده نظام التحكيم الذى أحال إليه الأطراف، وذلك فى حالة عدم وجود قانون مختار بواسطتهم.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على الأخذ بهذا الحل قبل صدور قانون التحكيم الحالى. ففى حكمها الصادر فى ٢٦ إبريل سنة ١٩٨٢(٢) قضت محكمة النقض بأنه «... يرجع فى تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره الى قواعد القانون الإنجليزى باعتباره قانون البلد الذى اتفق على إجراء التحكيم فيه ...». وقد أخذت المحكمة بنفس القاعدة فى حكمها الصادر فى ١٢ يونيو سنة ١٩٨٢(٣)، حيث قضت بأنه

---

(١) أنظر: أستاذنا الدكتور ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٦٤ وما بعدها وخصوصا ص ٦٧.

(٢) حكم صادر فى الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ قضائية، وهو حكم غير منشور، راجع د. ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) حكم صادر فى الطعن رقم ١٢٥٩ سنة ٤٩ قضائية، وهو حكم غير منشور، راجع د. ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٧٢.

«يرجع فى شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الفرنسى باعتباره قانون البلد الذى اتفق على إجراء التحكيم فيه». ولقد أتيحت الفرصة لمحكمة النقض فى التأكيد على هذه القاعدة فى العديد من القضايا اللاحقة(١).

ويمكننا أن نضيف إلى ما تقدم أنه من الممكن الوصول إلى هذا الحل من نصوص قانون التحكيم ذاته. فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية .....» فهذا النص يؤكد حرص المشرع المصرى على الأخذ بالحلول التى أقرتها الاتفاقيات الدولية التى انضمت إليها مصر. وقد سبق أن رأينا أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والتى انضمت إليها مصر، تأخذ فى المقام الأول بمبدأ سلطان الأرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وفى المقام الثانى بقانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم، وهو غالبا قانون الدولة مكان التحكيم.

المطلب الرابع

موقف أحكام التحكيم

بدراسة العديد من أحكام التحكيم الصادرة فى إطار المعاملات الدولية الخاصة، وخصوصا تلك الصادرة فى إطار غرفة التجارة الدولية، يمكن القول بأنها تعتد فى المقام الأول بالقانون المختار بواسطة الأطراف أنفسهم ليطبق على اتفاق التحكيم. وبعبارة أخرى، تأخذ أحكام التحكيم بالاتجاه السائد لدى الفقه الغالب والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم فى تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أى قانون الإرادة المستقلة. بيد أن هذه الأحكام اختلافت فيما بينها بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف. وفى هذا الصدد

---

(١) من ذلك حكمها الصادر فى ١٩٨٦/١١/١٠ فى الطعن رقم ٥٥٠ لسنة ٥١ ق، وحكمها الصادر فى ١٩٨٧/٢/٩ فى الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥١ ق. وهى أحكام غير منشورة، راجع د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٦٤ هامش رقم (٢).

يمكن أن نميز بين اتجاهين: الاتجاه الأول ويأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم، والاتجاه الثانى يلجأ إلى تطبيق قواعد غير وطنية Anational.

الاتجاه الأول: إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

قضت العديد من أحكام التحكيم بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، ويمكن أن نذكر فى هذا الصدد حكم التحكيم الصادر فى باريس فى القضية رقم ١٥٠٧ عام ١٩٧٠(١)، ففى هذا الحكم، بدأت محكمة التحكيم بالبحث عن قانون الإرادة، ولما تبين لها عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الخصوص، أوضحت أنه يجب على المحكم البحث عن القانون واجب التطبيق، وذلك بقولها «بما أن الأطراف لم يتفقوا عند التعاقد على خضوع شرط التحكيم والعقد الأصلى للقانون الألمانى، فلا يوجد إذن أى نص اتفاقى يخضع شرط التحكيم للقانون الألمانى باعتباره القانون واجب التطبيق على العقد الأصلى، ومن ثم يجب على المحكم البحث عن القانون واجب التطبيق على هذا الشرط».

وبعد أن أكدت محكمة التحكيم على استقلال شرط التحكيم وإمكان خضوعه إلى قانون مختلف عن ذلك الذى يخضع له العقد الأصلى، قررت أنه «من حيث المبدأ، أن صحة شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ فى البلد مقر محكمة التحكيم».

وقد سار فى نفس الاتجاه أيضا حكم التحكيم الصادر فى جنيف فى القضية رقم ٤٥٠٤ عام ١٩٨٦(٢)، فبعد أن أكدت محكمة التحكيم على استقلال شرط التحكيم وإمكان خضوعه لقانون مختلف عن القانون الذى

---

(١) انظر:
Sentence CCI, rendue `a Paris, dans l'affaire No. 1507 EN 1970, Clunet 1974, P. 913.

(٢) انظر:
Sentence rendue `a Genève en 1986 dans l'affaire No. 4504, Clunet 1986, P. 1118.

يحكم العقد الإصلى، قررت إخضاعه لقانون البلد مقر التحكيم. ولما كانت مدينة جنيف بسويسرا مقرا لهذه المحكمة فقد انتهت إلى أن هذا الشرط « يجب أن يقدر طبقا للمعاهدة السويسرية للتحكيم الصادرة عام ١٩٦٩ والتى انضمت إليها مقاطعة جنيف عام ١٩٧١».

ويعتبر حكم التحكيم الصادر فى باريس فى القضية رقم ٥٧٣٠ عام ١٩٨٨(١) معبرا فى هذا الخصوص وفى هذا الحكم، بدأت المحكمة بالتأكيد على حقها فى تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم استنادا إلى إرادة الأطراف، وذلك بقولها «إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إخضاع العقد الأصلى للقانون اليونانى كما هو واضح من المادة الثانية من عقد تولية المحكمين L'acte de mission فإنهم، فى المقابل، فوضوا محكمة التحكيم فى تحديد القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم الوارد فى العقد الأصلي وذلك فى الفقرة الأولى من المادة السابعة من عقد تولية المحكمين. وبالتالى تكون هذه المسألة من اختصاص محكمة التحكيم». وفى معرض بحثها عن القانون واجب التطبيق، رفضت محكمة التحكيم الأخذ بالقاعدة الموضوعية التى قررها القضاء الفرنسى - وأخذت بها وطبقتها بعض أحكام التحكيم - والتى مفادها تقرير صحة اتفاق التحكيم فى المعاملات الدولية الخاصة استقلالا عن كل قانون وطنى، وقدرت أن «اتفاق التحكيم يجب أن يستمد قوته الملزمة من نظام قانونى معين».

وبعد أن استبعدت محكمة التحكيم فكرة استقلال اتفاق التحكيم تجاه كل قانون وطنى، وأكدت على ضرورة اسناد هذا الاتفاق إلى نظام قانونى معين، بحثت مدى إمكانية تطبيق القانون اليونانى باعتباره قانون محل الإبرام، وقررت المحكمة فى هذا الشأن أنه «على الرغم من أن اسناد العقد إلى قانون محل الإبرام معترف به عموما فى القانون الدولى الخاص الفرنسى

---

(١) انظر:

Sentence CCI, rendue `a Paris, dans l'affaire No. 5730, 24 Aoû̂t 1988. Rev. Arb., 1992. P. 125, Spéc. PP. 129 - 130.

ومحل تأييد من قبل بعض الفقهاء فى مسائل التحكيم الدولى. بيد أن هذا الحل ليس له طابع ملزم. كما أنه غير مقرر من قبل القانون الوضعى. وبصفة خاصة المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، والمادة السادسة من الاتفاقية الأوربية. وذلك لأن مكان الإبرام غالبا ما يكون عارضا فى مجال التجارة الدولية بحيث يصعب معه القول بأن الأطراف قد أرادوا إخضاع صحة اتفاقهم لقانون هذا المكان».

كما بحثت محكمة التحكيم إمكانية تطبيق القانون اليونانى باعتباره القانون واجب التطبيق على العقد الأصلى وفقا لاتفاق الأطراف. وفى هذا الصدد قدرت المحكمة أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى الذى يتضمنه، والمعترف به فقها وقضاءا يترتب عليه امكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن ذلك الذى يخضع له العقد الأصلى. ومع ذلك فى الغالبية العظمى من الحالات، ينوى الأطراف إخضاع العقد الأصلى واتفاق التحكيم لقانون واحد. بحيث توجد قرينة على أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى إخضاع اتفاق التحكيم للقانون المختار ليحكم العقد الأصلى. بيد أن المحكمة قدرت عدم وجود مثل هذه القرينة فى القضية المعروضة عليها لعدم وجود ما يشير إلى أن الأطراف قد ارتضوا إخضاع العقد للقانون اليونانى عند إبرامه. فهذا القانون لم يتم إختياره من قبل الأطراف إلا فى عقد تولية المحكمين. وهذا الأخير قد ترك مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم لمحكمة التحكيم ذاتها.

وبعد ذلك كله، انتهت المحكمة إلى إخضاع صحة اتفاق التحكيم للقانون الفرنسى باعتباره قانون مكان التحكيم. وأوضحت أن هذا الحل قد أخذ به مجمع القانون الدولى، وأخذت به المادة (د/١-أ) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والمادتين (٢/٦، ١/١٩) من الاتفاقية الأوربية عام ١٩٦١، كما يأخذ به جانب كبير من الفقه. وذلك فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق.

وإلى جانب الأحكام السابق ذكرها، هناك العديد من الأحكام التى

أخذت بقانون الدولة مقر التحكيم(١).

الاتجاه الثاني: إخضاع اتفاق التحكيم لقواعد غير وطنية:

رفضت بعض أحكام التحكيم إسناد اتفاق التحكيم إلى قانون وطني معين، وفصلت في وجود وصحة هذا الاتفاق بالاستناد إلى الإرادة المشتركة، وعادات التجارة الدولية، والمبادىء العامة للقانون.

ففي حكم التحكيم الصادر في ٢٢ سبتمبر لسنة ١٩٨٢ في القضية رقم ٤١٣١(٢)، بعد أن استبعدت محكمة التحكيم القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من الانطباق على اتفاق التحكيم بناء على استقلاله، أكدت وهي بصدد البحث عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم على أنه «بما أن الأطراف قرروا أن يجري التحكيم وفقا للائحة غرفة التجارة الدولية، فإنهم بذلك يكونوا قد أدمجوا في العقد المبرم بينهم هذه اللائحة .... ولما كانت هذه اللائحة تتضمن نصا يعطي للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه دون أن تلزمه بتطبيق قانون وطني معين، فإن المحكمة سوف

---

(١) انظر:

Sentence CCI, Rendue dans l'affaire No. 4392 en 1983, clunet 1983, P. 907; Sentence CCI, Rendue dans l'affaire No. 4472 en 1984, clunet 1984, P. 946; Sentence CCI, Rendue dans l'affaire No. 4145 en 1984, clunet 1985, P. 985; Sentence rendue `a zurich, dans l'affaire No. 5832 en 1988, clunet 1988, P. 1198.

(٢) انظر:

Sentence CCI, Rendue a Paris, dans l'affaire No. 4131 en 23 Septembre 1982, Rev. Arb., 1984, P. 137; Spec. P 142, clunet 1982, P. 899. Obs. Y. Derains.

إذ يذكر المحكم في هذا الخصوص أن:

«Le tribunal déterminera la portée et les effets des clauses compromissoires dont il s'agit .... en se fondant sur la commune volonté des parties ... et en tenant également compte .... des usages conformes aux besoins du commerce international».

تتولى تحديد نطاق وآثار شرط التحكيم بالاستناد على الإرادة المشتركة للأطراف، مع الأخذ فى الاعتبار عادات التجارة الدولية».

وفى حكم التحكيم الصادر فى أستكهولم فى القضية رقم ٤٣٨١ عام ١٩٨٦(١)، قضت محكمة التحكيم بأنه «بما أن اتفاق التحكيم لا يتضمن أى نص يتعلق بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على صحة اتفاق التحكيم، فإن على المحكمة اختيار هذه القواعد لتحديد صحة هذا الاتفاق دون أن تكون ملزمة بتحديد القانون الدولى الخاص الواجب التطبيق، بشرط عدم مخالفة هذا الاختيار لقواعد التحكيم الإيرانية والفرنسية».

---

(١) راجع:

Sentence CCI, Rendue `a Stockholm, dans L´affaire No. 4381 en 1986, clunet 1986, P. 1103 etSS. Spec. P. 1104.

حيث ذهبت محكمة التحكيم إلى أنه:

«Considérant que ... la dite convention d´arbitrage ne renferme aucune précision quant aux sources du droit applicables `a la validité de la convention d´arbitrage ... il incombe au tribunal d´arbitrage de choisir les sources de droit applicables pour la détermination de la validité de la convention d´arbitrage, sans qu´il lui soit nécessaire d´établir le droit international privé applicable ... `a condition que ce choix ne soit pas contraire aux règles d´arbitrage Iraniennes ou Françaises.

Considérant que les parties se sont référées dans la présente affaire au règlement de la CCI et qu´il est constant que le dit règlement ... confère `a l´arbitre le pouvoir de prendre toute décision sur sa propre compétence, ... sans lui préscrir d´appliquer pour ce faire une loi étatique quelconque ... le tribunal prendra position quant `a la validité de la clause compromissoire en question sur la base de la commune volonté des parties ... et en tenant compte également des usages conformes aux besoins du dommerce international, dans la mesure ou les sources de droit, allant `a l´encontre des règles d´arbitrage Françaises ou iraniennes».

وبما أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع التحكيم للائحة غرفة التجارة الدولية، وكان من الثابت أن هذه اللائحة تعطى للمحكم سلطة اتخاذ القرار بالفصل فى اختصاصه دون الزامه بتطبيق قانون وطنى معين، فإن محكمة التحكيم تفصل فى صحة شرط التحكيم على أساس الإرادة المشتركة للأطراف والتى يمكن استخلاصها من الظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ العقد، مع الأخذ فى الاعتبار عادات التجارة الدولية، كل ذلك فى الحدود التى لا تتعارض فيها هذه القواعد مع قواعد التحكيم الفرنسية أو الايرانية».

وكما هو واضح من الحكم المذكور، فان محكمة التحكيم قد أخذت بالحجة التى استند اليها الحكم السالف الإشارة إليه، وهى أنه فى حالة عدم وجود اتفاق مخالف للأطراف، فإن اسناد التحكيم إلى لائحة غرفة التجارة الدولية يمنح المحكمين سلطة تقرير صحة شرط التحكيم وتحديد نطاقه وآثاره استقلالا عن القانون الذى يحكم العقد الأصلى، ودون الزامهم باللجوء إلى قانون وطنى معين(١).

وفى حكم التحكيم الصادر فى باريس فى القضية رقم ٥٠٦٥ عام ١٩٨٦(٢)، قررت محكمة التحكيم، وهى بصدد تحديد القانون واجب

---

(١) انظر ملاحظات الأستاذ Derains على هذا الحكم:
Clunet, 1986, PP. 1107 etSS.

(٢) انظر:
Sentence CCI, Rendue `a Paris dans l'affaire No. 5065, en 1986, clunet 1987, P 1039, Spéc. PP. 1041 - 1042.

إذ يذكر:
«Quelque soit le droit approprié pour régir le contrat lui - même, et qu'il s'agisse ou non d'un droit national, il me semble que ... le droit le plus approprié pour régir la question de l'existence de la convention d'arbitrage n'est pas celui d'un système national particulier mais les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international, et en particulier le principe de bonne foi».

التطبيق على اتفاق التحكيم، أنه «أيا كان القانون المناسب لحكم العقد نفسه، وسواء أكان قانونا وطنيا أم لا، فإنه يبدو لى أن .... القانون الأكثر مناسبة ليحكم مسألة وجود اتفاق التحكيم ليس نظاما قانونيا وطنيا معينا بل المبادىء العامة للقانون وعادات التجارة الدولية، وبصفة خاصة مبدأ حسن النية».

ومن أحكام التحكيم المعبرة فى هذا الخصوص والمتصلة بالتحكيم محل الدراسة يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر فى النزاع الذى ثار بين الشركة الفرنسية FLF_Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية المسماة «نيوك NIOC» فى ١٤. يناير عام ١٩٨٢(١). ففى هذا الحكم، أكد المحكم على أن المسائل المثارة أمامه لا يمكن حلها إلا بتطبيق نظام قانونى معين، وبالتالى فإنه من الضرورى قبل النظر فى هذه المسائل والرد عليها والوصول إلى نتيجة نهائية، تحديد النظام القانونى واجب التطبيق عليها(٢).

وبعد أن استبعد المحكم تطبيق القانون الإيرانى استنادا إلى المادة (٤٤) من العقد موضوع النزاع والتى تنص على عدم تطبيق قانون البترول الإيرانى لعام ١٩٥٧ وكل القوانين واللوائح الأخرى التى تتعارض مع نصوص هذا العقد، واستبعد تطبيق القانون الدنماركى باعتباره قانون الدولة مقر التحكيم مبررا ذلك بعدم وجود صلة حقيقية بين هذا التحكيم ودولة المقر أكد المحكم أن اتفاق الأطراف هو أساس التحكيم وأنه لا يمكن افتراض أن الأطراف قد اختاروا قانونا آخر غير ذلك المنصوص عليه فى المادة ٤١/٥ من العقد موضوع النزاع وتنص المادة المذكورة على أنه من المتفق عليه أن محكمة التحكيم أو المحكم الوحيد يمكنه تاسيس حكم التحكيم على اعتبارات العدالة ومبادىء القانون المعترف بها عموما، وخصوصا مبادىء القانون

---

(١) انظر:
Sentence Rendue `a copenhague, le 14 Janvier 1982, Rev. Arb., 1984, P. 401.

(٢) انظر: Ibid, P. 409, No. 13.

الدولى، دون أن يكون ملزما بمراعاة قاعدة قانونية معينة. وبناء عليه انتهى المحكم إلى أن مسألة ما إذا كان يستطيع أن يتصرف باعتباره محكما وحيدا فى هذه القضية يجب أن تحسم على أساس مبادىء القانون الدولى واعتبارات العدالة كما هى منصوص عليها فى المادة (٤١) من العقد(١).

وفيما يتعلق بادعاء الشركة الإيرانية بأنها شركة إيرانية وتخضع للقانون الإيرانى وبالتالى لا يجوز لها المشاركة فى إجراءات التحكيم، أعلن المحكم «أنه من مبادىء القانون الدولى المعترف بها أن الدولة ملزمة بشرط التحكيم الوارد فى العقد المبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى هيئاتها، وأنه طبقا لاعتبارات العدالة والمبادىء القانونية المعترف بها فى القانون الدولى لا يجوز لدولة إيران إلغاء شرط التحكيم بإرادتها المنفردة. وأن القانون ذات المادة الواحدة وقرار اللجنة الخاصة المتخذ بناءا على هذا القانون لا يمكنهما إلغاء فعالية شرط التحكيم»(٢).

الخلاصة: أن المحكم فى هذه القضية قد استند فى تقرير القوة الملزمة لاتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو إحدى هيئاتها العامة إلى مبادىء القانون الدولى واعتبارات العدالة باعتبارها النظام القانونى المختار بواسطة الأطراف ليطبق على العقد طبقا لنص المادة (٤١) من هذا العقد.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع ما ذهبت إليه هذه الأحكام وذلك للعديد من الأسباب والتى يمكن إيجازها فيما يلى:

أولا: أن تقرير وجود اتفاق التحكيم وصحته والقوة الملزمة له يجب أن تستند إلى نظام قانونى معين، فاتفاق التحكيم بدون قانون - شأنه فى ذلك شأن العقد بدون قانون - أمر غير متصور، فالعقد لا يمكنه أن يحدث آثاره القانونية إلا فى الحدود التى يسمح له بها نظام قانونى معين(٣).

---

(١) انظر: Ibid, P. 409 - 412, No. 14 - 20.

(٢) انظر: Ibid. P. 418 etSS., No. 38 - 42.

(٣) انظر فى نفس المعنى:

Mayer (P.), L´autonomie de l´arbitre international dans l´appréciation de sa propre compétence, Recueil des cours, 1989, P. 325, Spéc. P. 404, No., 81.

ثانيا: أن الأسس التى استندت إليها هذه الأحكام متنازع فيها. فمن ناحية أن الاستناد إلى إرادة الأطراف وحدها لتقرير صحة اتفاق التحكيم أمر لا يمكن قبوله. إذ أن إرادة الأطراف ليست نظاما قانونيا مستقلا. بل أن هذه الإرادة تحتاج إلى نظام قانونى معين يمنحها القوة الملزمة(١). قد يقال أن الأطراف قد اتفقوا على إخضاع التحكيم بما فى ذلك اتفاق التحكيم للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية والتى تؤدى دور قانون العقد Lex Contractus بيد أن هذا القول لا يمكن الأخذ به. إذ أنه يفترض أن المؤسسات الخاصة للتحكيم تحوز سلطة تشريعية مماثلة لتلك التى تحوزها الدول. وهو فرض غير صحيح لأن هذه المؤسسات لا تحوز سلطة إجبار خاصة بها(٢).

ومن ناحية ثانية فإن الاستناد إلى أن غرفة التحكيم تعطى للمحكمين سلطة الفصل فى اختصاصهم دون أن تلزمهم بالاستناد فى ذلك إلى قانون

- حيث يذكر أن:

«La convention d'arbitrage (Sans Loi) est, comme tout contrat sans loi, inconcevable, un contrat ne pouvant avoir d'effet juridique que dans la mesure où un order juridique quelconque lui en confère un».

(١) انظر: Ibid, P. 388.

إذ يذكر أن:

«La volonté des parties N'est pas un système juridique autonome, mais se voit nécessairement conférer sa force obligatoire par un système juridique, national ou international».

(٢) انظر: Ibid, P. 386, No 58.

حيث يرى أن:

«Cette conception est indéfendable, elle supposerait que les organisations privées d'arbitrage ont un pouvoir législatif analogue à celui des États. or il n'en est rien, ne serait - ce que parce qu'elles ne disposent pas d'un pouvoir de contrainte propre».

وطني معين أمر محل جدل، فإذا كان صحيحا أن نص المادة (٢/٨) من هذه اللائحة لا يفرض على المحكمين أي التزام فيما يتعلق بالقانون الذي يتم تقدير اتفاق التحكيم وفقا له، فذلك لأن الغرض من هذا النص هو شيء آخر غير ذلك، إن الغرض من هذا النص هو تحديد الجهة المختصة بالفصل في اختصاص المحكمين عند المنازعة فيه، ولقد تبنى النص مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أما أن النص المذكور لم يقدم للمحكمين توجيها عن كيفية تحديد اختصاصهم، فهذا لا يمكن مطلقا أن يستخلص منه أن لائحة التحكيم تستبعد اللجوء إلى أي قانون وطني في تقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم(١).

ثالثا: إن الاستناد في تقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم وقوته الملزمة إلى عادات التجارة الدولية وحدها أو المبادىء العامة للقانون أو مبادىء القانون الدولي أمر محل نقاش. فمن ناحية إن هذه المصادر القانونية تعد من المصادر الإحتياطية في الأنظمة القانونية المختلفة، الداخلية والدولية، بيد أنها لا تشكل في حد ذاتها نظاما قانونيا مستقلا قائما بذاته. ومن ناحية أخرى، إذا كان من الممكن اللجوء إلى هذه المصادر عندما ينصب النزاع حول تفسير شرط وارد في العقد أو تنفيذ التزام معين بكيفية معينة، بيد أن الالتجاء إلى هذه المصادر وحدها لا يكفي عندما ينصب النزاع حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم، فنحن نتشكك في وجود عادات أو مبادىء تنظم المسائل المتعلقة بالتراضي وكيفية التعبير عنه وعيوبه أو الأهلية ... الخ.

وأخيرا، تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذا الحل لا يتفق مع الحلول التي أقرتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوربية، والتي تتمثل في إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وفي حالة تخلف قانون الإرادة، لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

---

(١) انظر: Ibid, P. 385, No. 55.

ولذا حذّر بعض الفقهاء(١) من اتباع هذا الحل قائلا: إن استقلال اتفاق التحكيم تجاه كل قانون وطنى فى مسائل التحكيم الدولى قد لا يتفق مع النصوص القانونية فى الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم. فلو تضمنت هذه النصوص قواعد آمرة تتعلق بصحة اتفاق التحكيم، فإن على المحكم أن يأخذ هذه النصوص فى الاعتبار وإلا فإن الحكم الصادر عنه سوف يكون عرضة ليس فقط للبطلان فى إقليم الدولة مقر التحكيم بل أيضا سوف يرفض تنفيذه على أساس المادة (١/٥) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والتى تنص على إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة التى صدر فيها الحكم فى حالة وجود إختيار صريح من قبل الأطراف.

الخلاصة: نخلص من هذا العرض المتقدم إلى أن الاتجاه السائد لدى الفقه الغالب، والاتفاقيات الدولية، وكذلك غالبية أحكام التحكيم، هو إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة أو لقانون الدولة محل التحكيم فى حالة تخلف قانون الإرادة ونرى الأخذ بهذا الحل بالنسبة لاتفاق التحكيم المتعلق بعقود البترول المبرمة بين الدول أو هيئاتها العامة والشركات الأجنبية.

وبناء عليه، لا يجوز للدولة، أو الشخص العام التابع لها، الإمتناع عن المشاركة فى إجراءات التحكيم أو الدفع بعدم اختصاص المحكمين أو بصفة عامة محاولة التنصل من اتفاق التحكيم الذى وافقت عليه مستندة فى ذلك إلى قانونها الوطنى، اللهم إلا إذا كان هذا القانون هو القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم بوصفه القانون المختار صراحة من قبل الأطراف أو باعتباره قانون الدولة مكان التحكيم فى حالة تخلف قانون الإرادة.

ولكن السؤال الذى يثور هو هل يحكم هذا القانون (قانون الإرادة أو القانون الإحتياطى له) كل المسائل المتعلقة باتفاق التحكم أم أن هناك بعض المسائل التى تخرج عن نطاق تطبيق هذا القانون؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه فى الصفحات التالية.

---

(١) انظر:

Derains (Y.), Observations sous la sentence intérimaire rendue dans l'affaire No. 5086, clunet 1987, P. 1043 spéc. P. 1046.

المبحث الثانى

نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يمكن القول بوجه عام أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم يحكم المسائل المتعلقة بتكوين هذا الاتفاق وشروط صحته. فهذا القانون هو الذى يحكم التراضى وعيوب الإرادة، وكذلك المحل والسبب.

كما يحكم هذا القانون - من حيث المبدأ - الآثار التى تترتب على اتفاق التحكيم، فهذا القانون هو الذى يحدد اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع، وما إذا كان لهم الحق فى الفصل فى اختصاصهم عند المنازعة فيه. كما أن هذا القانون هو الذى يقرر عدم اختصاص القضاء الوطنى وحدوده وكيفية وضعه موضع التنفيذ(١).

هذا مع مراعاة القواعد الموضوعية التى قررتها الاتفاقيات الدولية

---

(١) راجع فى ذلك:

Loussouarn (Y.), et Berdin (J-D.), Op. Cit., PP. 98 - 99. No. 87; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., PP. 77 - 78. No. 131 - 133; Huys (M.), et Keutgen (G.), L'arbitrage en droit Belge et international, Bruylant, Bruxelles, 1981, P. 472, No. 671; Foustoucos (A.C.), L'arbitrage interne et international en droit privé Hellenique, librairie techniques, Paris, 1976, P. 227 No. 341.

وللمزيد من التفاصيل انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., Dalloz, Dr. Int., P. 122 etSS., No. 114 etSS. et Arbitrage ...., Op. Cit., J-Ci. Dr. Int., Fasc 586-1. No. 83 etSS.

وراجع فى الفقه المصرى، د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم ..... المرجع السابق، ص ٤٦، بند ٢١. د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٧٤ ومابعدها. د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه، وطرق تسوية المنازعات التى تثور بشأنه، رسالة دكتوراه، كلية حقوق الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٢٨ ومابعدها.

المتعلقة بالتحكيم، وإمكانية تدخل قانون القاضى خاصة فيما يتعلق بالأثر السلبى لاتفاق التحكيم أى استبعاد اختصاص القضاء الوطنى(١)، على نحو ما سنرى عند دراسة آثار اتفاق التحكيم.

على أنه إذا كان القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذى يحكم وجود هذا الاتفاق وشروط صحته، بيد أن هناك ثلاثة مسائل تخرج من نطاق تطبيق هذا القانون ويثور التساؤل بشأنها عن القانون واجب التطبيق عليها، وهذه المسائل هى: شكل اتفاق التحكيم، ومدى قابلية النزاع للتحكيم، وأهلية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم، ونتولى دراسة هذه المسائل تباعا كلا فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

شكل اتفاق التحكيم

إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضاء الأطراف المتعاقدة، فهل يكفى هذا الرضاء لقيام التحكيم؟ أم يجب أن يتم افراغه فى شكل معين؟ وبعبارة أخرى هل يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا؟ وإن كان كذلك فما نوعية هذه الكتابة؟ زد على ذلك إذا نازع أحد الأطراف فى صحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل. عندئذ يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم وما إذا كان هذا القانون هو نفس القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم من حيث الموضوع أم قانون آخر؟

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغى أن نعرض أولا لموقف القوانين الوطنية، ثم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. وأخيرا نتولى بحث مسألة القانون الذى يحكم شكل اتفاق التحكيم.

---

(١) انظر فى نفس المعنى:
Goldman (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl. Dr. Int., Fasc 586ل., No. 91.

أولا : القوانين الوطنية:

اشترطت معظم القوانين الوطنية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. بيد أنها اختلفت فيما بينها حول شكل الكتابة المطلوبة وما إذا كانت رسمية أم عرفية وحول ما إذا كانت الكتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم أم أنها فقط لمجرد الإثبات.

تذهب بعض القوانين الوطنية إلى ضرورة كتابة اتفاق التحكيم كتابة رسمية، بمعنى أن يرد اتفاق التحكيم فى محرر رسمى موثق Acte authentique، وذلك باعتبار أن الاتفاق يمثل الأساس القانونى La base légale للتحكيم. كما هو الحال فى كوستاريكا وبيرو وفنزويلا والمكسيك والبرتغال(١).

بيد أن غالبية القوانين الوطنية لم تتطلب أن تكون الكتابة رسمية. وتكتفى بأن تكون الكتابة عرفية بمعنى أن يرد اتفاق التحكيم فى عقد عرفى un act sous seing privé، وذلك كما هو الحال فى بريطانيا وأمريكا وروسيا وبقية الدول الاشتراكية والهند(٢). وفى بعض دول أمريكا اللاتينية كالأرجنتين وبنما وشيلى والبرازيل. وفى بوليفيا بالنسبة للتحكيمات التجارية(٣). بل وهناك بعض القوانين التى لم تشترط الكتابة فى

---

(١) راجع فى ذلك:

Huys (M.) et Keutgn (G.), Op. Cit., P. 473, No. 674. David (R.), Op. Cit., P. 272.

وراجع أيضا: الأستاذ الدكتور محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٠٢، بند ٢٧/١.

(٢) انظر:

Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 473, No. 674.

(٣) انظر:

Van Den Berg, L'arbitrage commercial en Amérique latine Rev. Arb., 1979, P. 141.; Bruns (R.), et Motulsky (H.), Tendances et perspective de l'arbitrage international, R.I.D.C. 1957, PP. 719 - 720.

اتفاق التحكيم، كما هو الحال فى ألمانيا حيث يجوز التحكيم الشفوى بالنسبة للمعاملات التجارية(١). وكذلك أيضا فى كولومبيا وفقا للقانون الجديد للتحكيم الصادر فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٩، والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩١(٢).

ومن ناحية أخرى، فإن معظم القوانين التى اشترطت كتابة اتفاق التحكيم، نصت على الكتابة كشرط للإثبات ad probationem، وليس شرطا لصحة اتفاق التحكيم ad validatem، كما هو الحال فى الولايات المتحدة الأمريكية(٣)، وبلجيكا وانجلترا(٤). وكذلك الأمر فى سويسرا حيث تنص المادة ١٧٨/١ من قانون التحكيم الجديد على أنه «يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل إذا أبرم كتابة أو بالتلغراف أو التلكس أو الفاكس أو أى وسيلة اتصال أخرى تسمح بالإثبات». فكما هو واضح من النص نجد قدر كبير من المرونة فيما يتعلق بطبيعة الكتابة المطلوبة. كما أن الكتابة منصوص عليها صراحة كشرط للإثبات(٥).

---

(١) تنص المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم صريحا ومكتوبا. ولكن وفقا لنفس المادة فإن قبول المرافعة التحكيمية Le débat arbitral حول موضوع النزاع يصحح العيب فى الشكل. ومن ناحية أخرى فإن شرط الشكل المكتوب لا يطبق على اتفاق التحكيم فى المسائل التجارية والذى يمكن إبرامه شفاهة وأيضا ضمنيا حيث أنه من المعتاد اللجوء إلى التحكيم فى القطاع التجارى. ويستفاد من ذلك أن اتفاق التحكيم التجارى الدولى لا يخضع لأى قاعدة شكلية، راجع:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-4, No. 28.

(٢) انظر:

Mantilla - Serrano (F.), la nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, Rev. Arb., 1992, P. 47.

(٣) انظر:

Huys (M.) et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 473, No. 674.

(٤) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int. Fasc 586-4, N. 28.

(٥) زد على ذلك أن الأطراف يكونوا ملزمين باتفاق التحكيم إذا لم يتمسكوا أمام محكمة التحكيم فى بداية التقاضى in limine litis، بانعدام اختصاصها على أساس عدم -

وفى فرنسا، تنص المادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات، بالنسبة للتحكيم الداخلى، على أنه «يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا فى العقد الأصلى أو فى مستند يحيل إليه هذا العقد، وإلا كان باطلا». ولم يتضمن هذا القانون أى نص بخصوص اتفاق التحكيم فى مجال التحكيم الدولى. ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كانت القاعدة المنصوص عليها فى المادة المذكورة تنطبق على اتفاق التحكيم فى مجال التحكيم الدولى أم لا؟

لقد أجابت على هذا التساؤل المادة ١٤٩٥ من هذا القانون، إذ تنص هذه المادة على أنه «عندما يكون التحكيم الدولى خاضعا للقانون الفرنسى، لا تنطبق نصوص الباب الأول والثانى والثالث من هذا الكتاب إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك وفيما عدا المادتين ١٤٩٣، ١٤٩٤». ويستفاد من هذا النص أنه بمقدور الأطراف إخضاع اتفاق التحكيم لنصوص هذا القانون المتعلقة بالتحكيم الداخلى، وبمقدورهم أيضا استبعاد هذا النص أو ذاك من نصوص هذا القانون فيما عدا المادتين ١٤٩٣، ١٤٩٤ والمتعلقتين بتشكيل محكمة التحكيم، وإجراءات التحكيم. وبناء عليه يجوز للأطراف مخالفة القاعدة الواردة فى المادة ١٤٤٣ وأن يختاروا أى شكل آخر لاتفاق التحكيم. وبعبارة أخرى، فإن شرط الكتابة المنصوص عليه فى هذه المادة المذكورة لصحة شرط التحكيم فى مجال التحكيم الداخلى، لا يسرى على التحكيم الدولى إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ولكن، إذا كانت كتابة اتفاق التحكيم ليست شرطا لصحته، بيد أنها لازمة لإثباته، إذ أن المادة ١٤٩٩ من هذا القانون تتطلب لتنفيذ حكم

- وجود اتفاق التحكيم أو من باب أولى عدم وجود المستند المكتوب المثبت لهذا الاتفاق. راجع فى ذلك:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-4, No. 28.

وللمزيد من التفاصيل راجع:

Lalive (P.) et Gaillard (E.), Op. Cit., P. 931; Lalive (P.), Poudret (J.F.) et Reymond (C.), Op. Cit., PP. 315 etSS.

التحكيم والاعتراف به تقديم النسخة الأصلية من حكم التحكيم مصحوبة باتفاق التحكيم(١).

وتتطلب معظم قوانين البلدان العربية الكتابة كشرط للإثبات. من ذلك القانون الكويتي والبحريني واليمني والعراقي(٢). وكذلك أيضا قانون الإمارات الجديد بشأن التحكيم رقم ١١ الصادر فى ٨ مارس لسنة ١٩٩٢، إذ تنص المادة ٢/٢٠٣ من هذا القانون على أن «إثبات اتفاق التحكيم لا يتمُّ إلا بالكتابة»(٣).

وكان المشرع المصرى يتطلب الكتابة كشرط للإثبات، حيث كانت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات تنص على أنه «لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة». ولكن المشرع فى القانون الجديد للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تطلب كتابة اتفاق التحكيم ورتب على تخلف الكتابة بطلان هذا الاتفاق. فقد نصت المادة (١٢) من هذا القانون على أنه «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ...». بيد أن هذا النص قد أضفى مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة، فلم يشترط صيغة معينة أو شكل معين فى الكتابة. وذلك بنصه «ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما يتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة»(٤).

---

(١) راجع فى نفس المعنى:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-4, No. 13 etSS.; Béguin (J.), Op. Cit., PP. 128 etSS.; Fouchard (Ph.), L'arbitrage international en France après ..., Op. Cit., P. 385, No. 19.; Boisseson (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 477 etSS. No. 572.

وانظر أيضا د. ابراهيم احمد ابراهيم. التحكيم الدولى الخاص. المرجع السابق. ص ٨١.

(٢) راجع: د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٠٠، بند ٢٧/١.

(٣) راجع نصوص هذا القانون فى: Rev. Arb., 1993, P. 343.

(٤) فى نفس المعنى راجع أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٧٨ ومابعدها. وراجع أيضا: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ٤١ ومابعدها، بند ٢٨ ومابعده، د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٦٢ ومابعدها.

وقد سار فى نفس الاتجاه القانون الجزائرى الجديد للتحكيم الصادر فى ٢٢ أبريل لسنة ١٩٩٣، حيث نصت المادة ٤٥٨ مكرر (١) على أن «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا».

ثانيا: الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨ على أنه «تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم ...». كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة المقصود بالاتفاق المكتوب وذلك بنصها على أن «يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم المدرج فى العقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذى تضمنته الخطابات أو البرقيات المتبادلة بينهم».

يتضح من هذا النص أن اتفاقية نيويورك قد تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى تقره الدول الأعضاء وتعترف به. بمعنى أن الدول الأعضاء لا تكون ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم إذا لم يكن هذا الاتفاق مكتوبا. ومع ذلك، لقد أضفت الاتفاقية مرونة كبيرة على الكتابة المطلوبة. حيث أنها لم تشترط فى الكتابة شكلا معينا.

وقد ذهب رأى فى الفقه(١)، تعقيبا على هذا النص. إلى القول بأن الكتابة تعد ركنا أساسيا يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاق تحكيم فى مفهوم اتفاقية نيويورك. فالمادة (١/٢) من هذه الاتفاقية تقتضى الكتابة كشرط صحة يتعلق بوجود الاتفاق ذاته وليس عنصرا خارجيا متطلبا للإثبات فقط.

فى حين ذهب رأى آخر(٢) - وبحق - إلى أن القول بأن الكتابة

---

(١) انظر: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ...، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(٢) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٨٢.

وفقا لاتفاقية نيويورك تعتبر شرط وجود وليس للإثبات محل شك كبير. فهو يتعارض مع أبسط قواعد التفسير ويحمل النص أكثر مما يحتمل. فالنص لم يرتب البطلان أو الانعدام على عدم الكتابة كما فعلت التشريعات التى أخذت بهذا الاتجاه مثل التشريع المصرى والتشريع الجزائرى.

ويثور التساؤل عن موقف الدول التى صدقت على اتفاقية نيويورك وتكون قوانينها الوطنية المتعلقة بالتحكيم أكثر تحررا أى تتضمن شروطا أقل مما تطلبته هذه الاتفاقية بأن كانت تجيز مثلا الاتفاق الشفوى على الالتجاء إلى التحكيم.

ذهب بعض الفقهاء(١) إلى القول بأن القاعدة الموضوعية التى قررتها المادة الثانية من اتفاقية نيويورك تعتبر قاعدة موحدة ولا يجب أن تختلف فى تفسيرها وتطبيقها تبعا للقوانين الوطنية للدول الأطراف فى الاتفاقية. فهذه القاعدة تعتبر بمثابة الحد الأقصى، بمعنى إذا كان القانون الوطنى ينص على شروط أكثر شدة من تلك التى تطلبتها الاتفاقية فلا يجب تطبيقها. وتعتبر فى ذات الوقت بمثابة الحد الأدنى بمعنى إذا كان القانون الوطنى أكثر تحررا، بأن يجيز الاتفاق الشفوى على التحكيم مثلا، فلا يجب التمسك به.

فى حين يرى جانب من الفقه(٢)، وهو الراجح فى نظرى، أنه يمكن لهذه الدول الإبقاء على قوانينها الأكثر تحررا فى نطاق علاقات القانون الداخلى لأن نطاق تطبيق الاتفاقية قاصر على أحكام التحكيم الأجنبية ومن ثم اتفاقات التحكيم التى تصدر بناءا عليها هذه الأحكام. بل ويمكن الإبقاء على هذه القوانين حتى فى إطار التحكيمات ذات الطابع

---

(١) انظر: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ٢٠٧، بند ١٧٢.

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 82, No. 41; Boisseson (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 476, No. 572; Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-4, No. 38; Sanders (P.), Vingt années de la convention de New York de 1958, Op. Cit., P. 359.

الدولى. وذلك إستنادا إلى نص المادة السابعة من هذه الاتفاقية ذاتها والتى تنص على أنه «لا تحرم أحكام هذه الاتفاقية أى طرف من حقه فى التمسك بحكم التحكيم طالما أقر بذلك تشريع الدولة المتمسك فيها بالحكم أو المعاهدات الموقعة عليها هذه الدولة». فطبقا لهذا النص يكون من حق الطرف ذى المصلحة التمسك بالتشريع أو المعاهدة الأكثر تحررا عندما لا يستجيب اتفاق التحكيم للشروط الشكلية المنصوص عليها فى اتفاقية نيويورك.

فضلا عن ذلك إذا كانت المادة الثانية من الاتفاقية قد تطلبت الكتابة لالزام الدول الأعضاء باتفاق التحكيم، بيد أنه لا يمكن تفسير ذلك بأن الاتفاقية تمنع الدول الأعضاء من الاعتراف باتفاق التحكيم غير المكتوب متى كان قانونها يقضى بذلك(١).

وبالنسبة للاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٦١، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه «يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو المتضمن فى رسائل متبادلة بينهم أو برقيات أو تلكسات. وفى العلاقات بين الدول التى لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب، كل اتفاق مبرم فى الأشكال التى تقرها هذه القوانين».

ويستفاد من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية قد تطلبت من حيث المبدأ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بيد أنها لم تستلزم أن يتخذ اتفاق التحكيم شكلا معينا، حيث أجازت أن يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط تحكيم وارد فى العقد أو اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف أو وارد فى رسائل أو خطابات أو فاكسات متبادلة بينهم. وذلك على غرار ما فعلت اتفاقية نيويورك. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الاتفاقية الأوربية

- وأيضا: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المرجع السابق، ص ٦٢.

(١) راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٨٣.

قد أجازت اتفاق التحكيم المبرم فى الاشكال التى تقرها القوانين الأكثر تحررا. وذلك فى العلاقات التى تتم فى إطار الدول التى لا تتطلب قوانينها كتابة اتفاق التحكيم(١).

وبالنسبة لاتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار والمبرمة فى واشنطن عام ١٩٦٥، فقد اكتفت بالنص فى المادة (١/٢٥) على أن يكون اتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولى مكتوبا. دون أن تتضمن الاتفاقية أى بيان يتعلق بشكل الكتابة المطلوبة فى اتفاق التحكيم(٢).

وقد سارت فى نفس الاتجاه قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجى لسنة ١٩٨٥ على أن «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد فى مستند موقع عليه من الأطراف أو فى تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكى واللاسلكى التى تدل على وجوده أو فى تبادل المطالبة والدفاع والتى يدعى فيها أحد الطرفين وجود هذا الاتفاق ولا ينكره الطرف الأخر. كما أن الإحالة فى عقد ما إلى مستند

---

(١) فى نفس المعنى راجع: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٨٢، وراجع مع المزيد من التفاصيل:

Fouchard (Ph.), L´arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 82 - 84, No. 143 - 145; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 474, No. 677; Klein (F.E.), La convention européenne Sur ...., Op. Cit., P. 628, No. 5; Goldman (B.), Les conflits de lois ...., Op. Cit., P. 458, No. 60; Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 121, No. 103 - 106 et Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-4, No. 51 etSS; Béguin (J.), Op. Cit., P. 128, No. 138.

(٢) فى التعليق على هذا النص راجع:

Delaume (G.R.), Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), clunet. 1982, P. 779.

متضمن لشرط تحكيم تعتبر بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد المحيل مكتوبا وأن تكون الإحالة جزءا من هذا العقد». فكما هو واضح من النص فإن هذا القانون قد تطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إلا أنه قد توسع في شكل الكتابة المطلوبة. فقد أضفى هذا القانون الحد الأقصى من المرونة على الأشكال التي يمكن أن يتخذها اتفاق التحكيم في مجال المعاملات الدولية(١).

وقد ذهب رأي في الفقه(٢)، تعقيبا على هذا النص، إلى حد القول بأنه في الحدود التي يثبت فيها اتفاق التحكيم من تبادل المذكرات، فإن اتفاق التحكيم الشفوي من حيث الأصل يكون صحيحا في شكله، وأن قبول المرافعة في الموضوع يصحح اتفاق التحكيم من حيث الشكل حتى ولو لم يكن ثابتا بالكتابة من حيث الأصل.

وقد تطلبت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، دون أن تشترط شكلا معينا في هذه الكتابة. فطبقا للمادة (١/١٨) من هذه اللائحة فإن عريضة التحكيم، التي يجب أن توجه من المدعي إلى المدعى عليه وإلى المحكمين، يجب أن تكون مصحوبة بصورة من العقد ومن اتفاق التحكيم إذا لم يكن واردا في العقد. ويستفاد من ذلك أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا ولكن يكفي لتوافر هذا الشرط تقديم أي مستند يرد فيه هذا الاتفاق، فقد يرد في رسائل أو برقيات أو تلكسات متبادلة بين الأطراف(٣).

وكذلك الأمر بالنسبة للائحة محكمة لندن للتحكيم. فطبقا للمادة

---

(١) راجع في التعليق على هذا النص:
Fouchard (Ph.), La loi - type ....., Op. Cit., P. 884, No. 50.; Béguin (J.), Op. Cit., PP. 127 - 128, No. 137.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:
Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-4, No. 58 etSS.

(٣) راجع مع المزيد من التفاصيل: Ibid, No. 61 etSS.

الأولى من هذه اللائحة فإن على الطرف الذى يرغب فى بدء إجراءات التحكيم أن يقدم طلب تحكيم مكتوبا على أن يكون مصحوبا بصور من المستندات التعاقدية الوارد فيها شرط التحكيم. ويستفاد من هذا النص ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ولكن ليس من اللازم أن يرد اتفاق التحكيم فى العقد الأصلى، بل من الممكن أن يرد فى رسائل أو برقيات أو تلكسات متبادلة بين الأطراف أو فى أية وسيلة أخرى مكتوبة(١).

نفس الشيء بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. فطبقا للفقرة الثانية من المادة الثالثة من هذه اللائحة يجب أن يتضمن طلب التحكيم الاتفاقات المبرمة وخاصة اتفاق التحكيم. وبناء عليه يمكن القول بأن اللائحة تستلزم أن يكون اتفاق التحكيم واردا فى مستند أو عدة مستندات مكتوبة(٢).

خلاصة القول أن الاتفاقيات الدولية، وكذلك قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. بيد أنها لم تشترط أن تتم كتابة اتفاق التحكيم فى شكل معين. إذ أنها أجازت أن يتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم وارد فى العقد، أو أن يتخذ صورة اتفاق موقع عليه من الأطراف أو أن يرد اتفاق التحكيم فى رسائل أو برقيات أو فاكسات أو تلكسات متبادلة بينهم.

ثالثا: القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم:

تبدو لنا أهمية تحديد القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم إزاء اختلاف القوانين الوطنية - على نحو ما رأينا - حول الشكل الذى يجب أن يفرغ فيه اتفاق التحكيم، واهتمام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بوضع قواعد موضوعية وتجاهلها وضع قاعدة إسناد يتم بمقتضاها تحديد القانون الذى يحكم شكل اتفاق التحكيم.

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل: Ibid, N° 65 etSS.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل: Ibid, N° 63 et 64.

وتثور مسألة القانون واجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم ذى طابع دولى، كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم المتعلق بعقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الهيئات العامة التابعة لها والشركات الأجنبية، وينازع أحد الأطراف فى صحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل.

قد يقال أن وضع الاتفاقيات الدولية قواعد موضوعية موحدة تطبق فى جميع الدول الأعضاء من شأنه اختفاء مشكلة تنازع القوانين، وبالتالى يصبح من غير المفيد البحث عن القانون واجب التطبيق. ولكن هذا القول لا يمكن التسليم به على اطلاقه، لأنه إذا كان من شأن القواعد الموضوعية التى تقررها الاتفاقيات الدولية الحد من حالات حدوث التنازع بين القوانين، فليس من شأنها القضاء على المشكلة نهائيا، فذلك لا يحدث إلا إذا تماثلت أو تطابقت مختلف القوانين الوطنية فى أحكامها وهذا أمر إن لم يكن من المستحيل فمن الصعب تحقيقه.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الاتفاقيات الدولية ذاتها قد تركت الباب مفتوحا لحدوث التنازع بين القوانين. حيث إن المادة السابعة من اتفاقية نيويورك - على نحو ما رأينا - قد أجازت التمسك بالقوانين الوطنية الأقل تشددا من حيث الشروط الشكلية الواجب توافرها فى اتفاق التحكيم، وذلك عندما أجازت للطرف ذى المصلحة التمسك بحكم التحكيم، وبالتالى اتفاق التحكيم الذى صدر الحكم بناء عليه، طالما أقر ذلك تشريع الدولة المتمسك فيها بالحكم أو المعاهدات الموقعة عليها هذه الدولة. كما أجازت الاتفاقية الأوربية اتفاق التحكيم المبرم فى الأشكال التى تقرها القوانين الوطنية الأكثر تحررا وذلك فى العلاقات بين الدول التى لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب.

وبعد أن أوضحنا إمكانية حدوث تنازع القوانين فيما يتعلق بشكل اتفاق التحكيم، فإن التساؤل الذى يثور هو: ماهو القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث الشكل؟

من المعروف أنه قد جرى العمل فى اطار القانون الدولى الخاص - فى بادىء الأمر - على إخضاع العقد لقانون محل إبرامه سواء من حيث الشكل أو الموضوع وذلك تطبيقا لقاعدة «المحل يحكم التصرف» locus regit actum. وقد استمر الحال على ذلك إلى أن جاء الفقيه الفرنسى ديمولان «Dumoulin» بنظريته بشأن إخضاع موضوع التصرف لقانون إرادة المتعاقدين. وبذلك أصبحت قاعدة خضوع التصرف لقانون محل إبرامه قاصرة على شكل التصرف فقط.

وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القاعدة وما إذا كانت اختيارية أم الزامية. وطبقا للاتجاه الغالب فإن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه من طبيعة اختيارية وليست إلزامية. فهذه القاعدة تقررت أساسا بهدف التيسير على المتعاقدين. إذ قد لا يكون فى مقدورهم إبرام التصرف فى غير الشكل المقرر فى قانون محل الإبرام. وبالنظر إلى ذلك الأساس فليس هناك ما يبرر جعل هذه القاعدة الزامية، وإجبار الأطراف على الخضوع لقانون محل الإبرام إذا كان من السهل عليهم إخضاع التصرف للأشكال المقررة فى قانون آخر.

وقد أخذت غالبية التشريعات الوطنية بقاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل الإبرام، وباعتبارها قاعدة اختيارية وليست ملزمة(١). ويمكن أن نذكر على سبيل المثال القانون المدنى المصرى، فقد نصت المادة (٢٠) من هذا القانون على أن «العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك».

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. عزالدين عبدالله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٤٨٤ ومابعدها، بند ١٢٦؛ د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٢٧٢ ومابعدها، بند ٩٩ ومابعده؛ د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوجيز فى تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢١٥ ومابعدها؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، مركز الأجانب وتنازع القوانين، ١٩٩٢، ص ٥٦٤.

ولكن التساؤل الذى يثور هو هل قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام والمقررة عالميا فى القانون الدولى الخاص فى الدول المختلفة يمكن الأخذ بها لتطبق على شكل اتفاق التحكيم؟

ذهب رأى فى الفقه(١) إلى القول بأنه يجوز للأطراف إبرام اتفاق التحكيم وفقا للأشكال المقررة فى قانون الدولة محل الإبرام أو قانون الدولة مقر التحكيم، فمراعاة الأشكال المقررة فى أى من هذين القانونين يعد كافيا لجعل اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل.

ولقد تأثر بهذا الرأى مجمع القانون الدولى. فقد نصت المادة السابعة من التوصية التى أصدرها المجمع فى دور انعقاده بامستردام عام ١٩٥٧ على أن «يسرى على شكل اتفاق التحكيم القانون النافذ فى البلد الذى أبرم فيه هذا الاتفاق. ومع ذلك فإن مشارطة التحكيم أو شرط التحكيم الذى لا يكون مستوفيا المتطلبات الشكلية المقررة فى قانون البلد محل الإبرام، يكون صحيحا متى كانت قد روعيت فيه الأشكال المقررة فى قانون المكان الذى يوجد به مقر محكمة التحكيم»(٢).

فى المقابل، يذهب جانب من الفقه(٣) إلى القول بإخضاع شكل اتفاق التحكيم لقانون الدولة محل الإبرام أو القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق، مع إعطاء الأولوية لهذا القانون الأخير، أى القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم من حيث الموضوع. وقد برر جانب منهم(٤) ذلك

---

(١) انظر:
Sauser - Hall (G.), Op. Cit., 1952, PP. 563 - 564.

(٢) راجع: A.I.D.I., 1957, P. 497 etSS.

(٣) انظر:
Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 84 - 86, No. 147 - 149; Lalive (P.), problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., PP. 604 - 606.

(٤) انظر:
Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 84, No. 146.

بالقول بأن كلا من اتفاقية نيويورك والاتفاقية الاوربيه لم تضع قاعدة تنازع قوانين خاصة بشكل اتفاق التحكيم، وبالتالى يمكن أن نستخلص من ذلك أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث الموضوع هو الواجب التطبيق أيضا على اتفاق التحكيم من حيث الشكل.

ويرى هؤلاء أن إعطاء الأولوية للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أى قانون الإرادة، ليس معناه استبعاد أو تجاهل قانون الدولة محل الإبرام كلية. فقد يكون من شأن تطبيق قانون الإرادة اعتبار اتفاق التحكيم باطلا من حيث الشكل، وذلك لعدم توافر الشروط الشكلية التى يتطلبها هذا القانون. وفى هذه الحالة يتعين اللجوء إلى قانون الدولة محل الإبرام والذى قد يؤدى تطبيقه إلى اعتبار اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل(١). هذا بالإضافة إلى أن القانون الدولى الخاص النافذ فى الدولة مقر التحكيم أو فى دولة القاضى المعروض عليه المنازعة فى شكل اتفاق التحكيم قد يأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام(٢).

ومن جانبنا لا نرى مانعا من الأخذ بهذا الرأى الأخير. بيد أننا نفضل الأخذ فى الاعتبار الشروط الشكلية التى يتطلبها قانون الدولة محل الإبرام، وذلك لاعتبارات تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره، إذ أن القانون الدولى الخاص فى الدولة مقر التحكيم أو فى دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ غالبا ما ينص على خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام.

المطلب الثانى

مدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم
L'arbitrabilité du litige

يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون محله مشروعا، وأهم ما يلزم لتوافر مشروعيته هو أن يكون النزاع الذى اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأنه، من المنازعات التى يجوز تسويتها بطريق التحكيم.

---

(١) انظر: Ibid, PP. 85 - 86, No. 149.

(٢) انظر: Lalive (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 606.

ومن المسلم به أن كل دولة تتولى وبحرية تحديد المسائل التى يجوز أو لا يجوز الاتفاق على تسويتها بطريق التحكيم. ولا أدل على هذه الحرية المعترف بها للدول فى هذا الخصوص، من أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع - محل اتفاق التحكيم - متعلقا بمسألة تقبل التسوية بطريق التحكيم وذلك دون أدنى تحديد، ودون أن تحاول وضع قاعدة موضوعية تلتزم بها كل الدول الأعضاء(١).

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣ على أن «تعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم .... فى المسائل التجارية أو المسائل الأخرى التى تقبل التسوية بطريق التحكيم ....».

وقد جاءت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، معبرة عن هذا المعنى بعبارات أكثر وضوحا، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية منها على أن «تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء أكانت علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم».

ويمكن أن نستخلص نفس المعنى من الفقرة الرابعة من المادة (٢٥) من اتفاقية البنك الدولى لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥، حيث نصت على أن «يجوز لكل دولة

---

(١) فى نفس المعنى تقريبا راجع:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ....., Op. Cit., P. 106, No. 182 - 183.

وفى تأكيد حرية الدول فى هذا الخصوص، راجع:

Chamy (E.), L'arbitrage commercial international dans les pays arabs, thèse, Paris, 1985, PP. 55 - 56, No. 59.

متعاقدة، عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو فى أى تاريخ لاحق، أن تخطر المركز بالنزاع أو المنازعات التى ترى إمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز».

وهكذا يتضح من هذا النص أن الاتفاقية قد تركت لكل دولة تحديد المسائل التى يجوز أو لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم لدى المركز الدولى لتسوية المنازعات الذى أنشأته، وأن كل ما اشترطته هو إخطار المركز بالنزاع أو المنازعات التى يجوز أو لا يجوز إخضاعها للتحكيم(١).

ولما كانت كل دولة هى التى تتولى بنفسها تحديد المسائل التى يجوز أو لا يجوز الاتفاق بشأنها على التحكيم، فكان ولابد أن تختلف الدول فيما بينها فى هذا الشأن. صحيح أن معظم الأنظمة القانونية فى الدول المختلفة تنص على أن المسائل التى لا يجوز فيها التحكيم هى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، وأن هذه الأنظمة تكاد تجمع على أن المسائل التى لا يجوز فيها الصلح هى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، مثل النسب والزواج والطلاق والأهلية، والمسائل المتعلقة بالنظام العام(٢)، مثل المسائل المتعلقة بالجنسية، والمسائل الجنائية وتلك التى يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة ... الخ، بيد أن هناك مسائل أخرى تختلف الأنظمة القانونية بشأنها.

فبخصوص عقود البترول، تنص بعض التشريعات الوطنية على

---

(١) وقد استخدمت بعض الدول هذه الرخصة التى نصت عليها الاتفاقية، فقد استبعدت المملكة العربية السعودية المنازعات المتعلقة بالثروة البترولية وأعمال السيادة الوطنية، كما استبعدت Jamaique المنازعات المتعلقة بالموارد المعدنية والثروات الطبيعية الأخرى. انظر:

Delaume (G.R.), Le centre international pour ...., Op. Cit., P. 806.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٤٥ ومابعدها، بند ٥١ ومابعده. وأيضا:

Boisseson (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 501 etS., N°. 586 etSS.

جواز الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات التى تنشأ عن عقود البترول. من ذلك يمكن أن نذكر قانون البترول الليبى رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥، والقانون المغربى الصادر فى ٢١ يوليه عام ١٩٥٨(١)، وقانون البترول الإيرانى لعام ١٩٥٧(٢). هذا فى حين تنص بعض القوانين الأخرى على خضوع المنازعات التى تنشأ عن عقود البترول لاختصاص المحاكم القضائية فى الدول المنتجة، وتحظر الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها. ويمكن أن نذكر من ذلك قانون البترول الأسبانى الصادر فى ٢٦ نوفمبر عام ١٩٥٨. حيث نصت المادة (٥٧) من هذا القانون على خضوع الشركات صاحبة الامتياز للقوانين الأسبانية ولاختصاص المحاكم الأسبانية. وكذلك الحال بالنسبة لقانون البترول الكولومبى الصادر فى ٢٦ أكتوبر عام ١٩٥٥، والقانون الأثيوبى لعام ١٩٦٧(٣).

وفى مصر، ذهب رأى فى الفقه(٤)، قبل صدور قانون التحكيم الحالى، إلى القول بعدم جواز الاتفاق على التحكيم فى الخارج بخصوص المنازعات الناشئة عن عقود البترول. واستند فى ذلك إلى أن هذه المنازعات تتصل بعقار كائن فى إقليم الدولة، والمحاكم المصرية هى وحدها صاحبة الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بعقار كائن فى مصر، وان هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام وبالتالى لا يجوز لأطراف هذه العقود الاتفاق على طرح المنازعات الناشئة عنها على تحكيم يجرى فى الخارج. فالاتفاق على التحكيم فى هذه الحالة يعتبر مخالفا للنظام العام.

---

(١) راجع فى هذين القانونين: د. راشد البراوى، المرجع السابق، ص ١٢٧ ومابعدها خصوصا ص ١٣٢، ص ١٩٠ ومابعدها خصوصا ص ١٩٤.

(٢) انظر:

El - Gohary (M.F.), L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux `a long terme, Thèse, Rennes, 1982, P. 130 N° 139.

(٣) انظر:

Vergopoulos - Michaïl (A.), Op. Cit., P. 51.

(٤) انظر: د. أحمد أبوالوفا، المرجع السابق، ص ص ٩٢ - ٩٥.

غير أن هذا الرأى كان موضع انتقاد شديد. وقد قيل بحق أن هذا الرأى يقحم على مسألة القابلية للتحكيم من عدمها أمرا لا علاقة له البتة بهذه المسألة. والمنطقى أن يكون تحديد ما إذا كانت مسألة معينة مما يجوز التحكيم بشأنها أو لا يجوز أساسه النظر إلى طبيعتها بحكم صفاتها الذاتية. فلا يتصور عقلا أن تختلف هذه الطبيعة نتيجة كونها قد صارت محلا للتحكيم يتم فى خارج البلاد وليس داخل اقليمها. وبعبارة أخرى فإن مكان التحكيم يعد أمرا خارجيا لا يؤثر فى طبيعة المسألة المطروحة ولا يؤخذ به فى الاعتبار عند تقرير مدى قابليتها للتحكيم حيث لا يمكن أن تكون ذات المسألة من الجائز التحكيم بشأنها داخليا. وغير قابلة للتحكيم إذا كان محل التحكيم فى الخارج.

هذا ولقد حسم قانون التحكيم الجديد هذه المسألة ونص فى المادة (٢٨) منه على أنه يجوز لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو فى خارجها. هذا فضلا عن أن نص المادة الأولى من هذا القانون قد أكد على سريان أحكامه على كل تحكيم يجرى فى مصر أو فى الخارج ويتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون دون أدنى تفرقة بين ما إذا كان النزاع يتعلق بعقار كائن فى مصر من عدمه[١].

ولما كان كل قانون وطنى هو الذى يتولى تحديد المسائل التى تقبل أو لا تقبل التسوية بطريق التحكيم، ولأن اختلاف القوانين الوطنية أمر لا مفر منه، فإن مسألة مدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم تثير حتما تنازع القوانين وذلك عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم ذى طابع دولى كما هو الحال بالنسبة لاتفاق التحكيم فى مجال عقود البترول. وبالتالى يثور التساؤل عن القانون الذى يلجأ إليه المحكم أو القاضى للفصل فيما إذا كان النزاع المطروح أمامه يقبل التسوية بطريق التحكيم أم لا؟

---

(١) راجع: د سامية راشد. التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ٤١٤؛ د. أحمد قسمت الجداوى، تنازع القوانين فى شأن قابلية النزاع للتحكيم، بحث قدم إلى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم التجارى وتجارب الدول المختلفة التى اعتمدت القانون النموذجى، والذى نظمه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم بالإشتراك مع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (اليونسترال) بشيراتون القاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٢ سبتمبر عام ١٩٩٤، وكذلك مؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس عام ١٩٩٥، ص ص ٥ - ٦.

لقد اختلفت آراء الفقهاء فى الإجابة على هذا التساؤل. فذهب رأى(١) إلى القول بأن القانون الذى يحكم مسألة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم هو قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكيم، وذلك باعتباره القانون المختار ضمنيا من قبل الأطراف فى حالة غياب قانون الإرادة.

ولقد تعرض هذا الرأى للنقد على أساس أن المكان الذى يبرم فيه اتفاق التحكيم غالبا ما يكون عارضا Fortuit، ولا توجد بينه وبين موضوع النزاع أو المسائل المتصلة بالتحكيم أى صلات حقيقية.

وذهب رأى ثان(٢) إلى إخضاع قابلية النزاع للتحكيم لقانون البلد الذى تختص محاكمه بنظر النزاع لو لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم. ولكن هذا الحل ليس كافيا لأن النزاع غالبا ما يدخل فى اختصاص محاكم أكثر من دولة، وهذا أمر طبيعى فى العلاقات ذات الطابع الدولى. ومن ثم يثور التساؤل وفقا لقانون أى دولة يجب أن تخضع هذه المسألة؟!

وذهب رأى ثالث(٣) إلى إخضاع قابلية النزاع للتسوية بطريق

---

(١) راجع فى هذا الرأى وانتقاده:

Klein (F-E.), Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Bâle, 1955, P. 253, No. 138.; Sauser - Hall (G.), Op. Cit., 1952, P. 550.

(٢) راجع فى هذا الرأى وانتقاده:

Pallieri (B.), L'arbitrage ... Op. Cit., P. 322 etS.; Klein (FE.), Considerations ... Op. Cit., P. 253 etS. No. 138 - 139.; Sauser - Hall (G.), Op. Cit., 1952, P. 551.; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 111 - 112, No. 193.

(٣) انظر:

Pallieri (B.), Op. Cit., P. 331.; Sauser - Hall (G.), Op. Cit., 1952, P. 555 etS.; Klein (F-E.), Considérations ..., Op. Cit., PP. 258 etS., No. 140 - 142.; Boisseson (M.), Le droit Français ..., Op. Cit., P. 503, No. 587.

التحكيم للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. بيد أن هذا الرأى تعرض بدوره للنقد على أساس أن هذا القانون لا سند له لكى يحكم مسألة تعد شرطا لصحة اتفاق التحكيم، ولا تخضع بأى حال للقانون الذى يحكم موضوع النزاع، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذا القانون قد لا يكون موجودا فقد يلجأ المحكمون إلى الاشتراطات التعاقدية وعادات التجارة الدولية وبصفة خاصة عندما يكونوا مفوضين كمحكمين بالصلح Amiables Compositeurs. وأخيرا فإن المشكلة تظل قائمة بدون حل فى الحالة التى لا يكون فيها القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع محددا ويتعين تحديده(١).

وفى الواقع، ينبغى لتحديد القانون واجب التطبيق على مدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى عندما تثور مسألة قابلية النزاع للتحكيم أمام المحكم أو القاضى الوطنى فى المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم وذلك عندما يدعى أحد الأطراف عدم صحة اتفاق التحكيم استنادا إلى عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. والحالة الثانية عندما تثور هذه المسألة أمام القاضى الوطنى فى مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه.

ففى الحالة الأولى تعتبر قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم شرطا لصحة اتفاق التحكيم، وبالتالى تخضع للقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم ذاته، أى قانون الإرادة (أو القانون الاحتياطى له). وبناء عليه، عندما تثور مسألة قابلية النزاع للتحكيم أمام المحكم، والذى يجب عليه التأكد من إختصاصه وبالتالى من صحة اتفاق التحكيم، أو أمام القاضى الوطنى عندما يطلب منه الفصل فى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، فى غير مجال الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به، يجب عليه أولا أن يحدد القانون

---

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 110 - 111, No. 92.

واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ثم ينظر فيما إذا كان النزاع المعروض عليه يقبل التسوية بطريق التحكيم أم لا وفقا لهذا القانون(١).

ويمكن استخلاص هذا الحل من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. فقد أوجبت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ فى الفقرة الأولى من المادة الخامسة أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون الذى أخضعه له الأطراف. ولما كانت قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم تعتبر شرطا لصحة اتفاق التحكيم، فإنها تخضع بصفتها هذه للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وكذلك أيضا الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١، فقد نصت فى الفقرة الثانية من المادة السادسة على أن «تفصل محاكم الدول المتعاقدة فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم، وفى المسائل الأخرى: «أ - وفقا للقانون الذى أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم ....» وهكذا فإنه طبقا لهذه الاتفاقية فإن قابلية النزاع للتحكيم تقدر وفقا للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

وفى الحالة الثانية تعتبر قابلية النزاع للتحكيم شرطا للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه. وبالتالى فإن القاضى الوطنى المطلوب منه الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه سوف يفحص ما إذا كان النزاع يقبل التسوية بطريق التحكيم أم لا وفقا لقانونه الوطنى. وهذا هو الحل الذى أخذت به

---

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 108, No. 186.; Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 122, No. 125 et Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-3, No. 34.; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 482, No. 688.; Chamy (E.), Op. Cit., P. 57.

وفى الفقه المصرى راجع: د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى ....، المرجع السابق، ص ٤٧؛ د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص ٤٠؛ د. هشام خالد، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ على أنه «يجب للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أن يكون موضوع النزاع الذى فصل فيه الحكم يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون الدولة التى يتمسك فيها بالحكم».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا ثبت للسلطة المختصة فى الدولة المطلوب الاعتراف بالحكم وتنفيذه فيها أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ على أنه «يجوز للقاضى المطلوب منه الفصل فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم أن يرفض الاعتراف باتفاق التحكيم إذا كان النزاع غير قابل للتسوية بطريق التحكيم وفقا لقانونه».

ويستفاد من هذه النصوص أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد أخضعت مسألة قابلية النزاع للتحكيم لقانون دولة القاضى المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به.

ولقد أخذ بهذا الحل القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥. فقد نصت المادة (٣٤) من هذا القانون على أنه «لا يجوز لمحكمة الدولة المختصة إبطال حكم التحكيم إلا إذا ثبت للمحكمة أن: ١ - موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة ...». كما نصت المادة (١/٣٦) من هذا القانون على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدرت المحكمة أن: ١ - موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة ...». وكما هو واضح من كلا النصين، لقد أخضع القانون النموذجى مسألة قابلية النزاع للتحكيم لقانون دولة القاضى المرفوعة أمامه دعوى بطلان حكم التحكيم أو المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به.

بيد أن هذا الحل الذى جاءت به الاتفاقيات الدولية، وخصوصا خضوع قابلية النزاع للتحكيم لقانون الدولة المطلوب فيها الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، قد تعرض للكثير من النقد.

فقد ذهب رأى فى الفقه[١] إلى القول بأن قانون دولة التنفيذ قد يقتصر اتصاله بالتحكيم على وجود موطن أو أموال للشخص الذى صدر حكم التحكيم ضده فى هذه الدولة. فهذه الدولة لا يهمها موضوع قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم بقدر ما يهم الدولة التى تم فيها التحكيم أو التى جرى التحكيم وفقا لقانونها. فلو أن إحدى الدول المنتجة للبترول استبعدت المنازعات البترولية من دائرة المسائل القابلة للتحكيم، فإن هدفها هو حظر التحكيم بالنسبة لبترولها وليس بالنسبة لبترول الآخرين. وبالتالى فإن القابلية للتحكيم تهمها هى ولا تهم الدولة التى يوجد بها موطن أو أموال من صدر ضده حكم التحكيم.

وذهب رأى آخر[٢] إلى القول بأن هذا الحل يزيد من حالات تدخل قاضى وقانون دولة التنفيذ كما أنه لا يحقق للأطراف الأمان القانونى فى الحالات التى لا يمكن فيها التعرف مقدما على هذه الدولة.

وأهم ما يمكن أن يوجه إلى هذا الحل من نقد هو إخضاعه قابلية النزاع للتحكيم لقانونين معا مما يؤدى إلى تضارب فى الحلول. فالقاضى الوطنى يلتزم بتطبيق قانونه الوطنى، والمحكم لا يمكنه بداهة سوى تطبيق القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم وذلك لعدم معرفة البلد التى سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم. ومن ثم فقد يتعارض الحل الذى يصل إليه المحكم مع ذلك الذى يتوصل إليه القاضى نظرا لاختلاف مضمون القوانين الوطنية واجبة التطبيق[٣].

---

(١) انظر: د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى ....، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L´arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 112, No. 194.

(٣) انظر: Ibid, P. 113, No. 197.

وتفاديا لهذه العيوب، ذهب رأى(١) إلى أن الحل الحاسم هو محاولة إعداد قائمة فى المستقبل تدرج فى بروتوكول ملحق باتفاقية نيويورك تتضمن المسائل التى يجوز أو لا يجوز فيها التسوية بطريق التحكيم. وذهب رأى آخر(٢) إلى أن الحل هو أن يتقرر بموجب اتفاقية دولية أن كل منازعات التجارة الدولية تقبل التسوية بطريق التحكيم من حيث المبدأ مع مراعاة النظام العام الدولى لكل دولة. وإذا تعذر تحقيق ذلك فإنه يكفى أن نطبق على قابلية النزاع للتحكيم القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أو القانون الذى يقدر المحكم أنه واجب التطبيق، وذلك مع مراعاة النظام العام الدولى للدولة المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم.

الخلاصة أن مسألة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم تخضع لقانونين معا: القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم باعتبارها شرطا لصحة اتفاق التحكيم، أى قانون الإرادة أو قانون الدولة التى صدر بها حكم التحكيم فى حالة تخلف قانون الإرادة. وقانون دولة القاضى المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به باعتبارها شرطا للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه(٢). وينسحب ذلك بالطبع على التحكيم فى عقود البترول.

---

(١) راجع: د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى ...، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٢) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 115, No. 201.

(٢) راجع فى نفس النتيجة:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 113, No. 197.

وأيضا:

Huys (M.) et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 483, No. 689.

وأيضا: د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم ...، المرجع السابق، ص ٤٨.

المطلب الثالث

أهلية الاتفاق على التحكيم
Capacité du compromettre

يتعين لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر لدى الأطراف الأهلية اللازمة لإبرام هذا الاتفاق. وتتطلب مختلف النظم القانونية(١) أن تتوافر فى الأطراف أهلية التصرف فى الحقوق التى اتفق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ عنها.

ويمكن أن نذكر من ذلك، على سبيل المثال، المادة (١١) من القانون المصرى الجديد للتحكيم، والتى نصت على أنه «لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ...».

وتثور مسألة القانون الذى يحكم أهلية الاتفاق على التحكيم عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم ذى عنصر أجنبى - كما هو الحال بالنسبة للاتفاق على التحكيم فى عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية - وينازع أحد الأطراف فى صحة اتفاق التحكيم على أساس عدم تمتعه بالأهلية اللازمة لإبرام مثل هذا الاتفاق. ففى هذا الفرض يثور التساؤل عما إذا كانت أهلية الاتفاق على التحكيم تخضع للقانون الذى يحكم هذا الاتفاق ذاته أم أن هناك قانون آخر يتعين الرجوع إليه.

ونظرا لكون أحد أطراف اتفاق التحكيم فى عقود البترول شخصا من أشخاص القانون العام (الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعين لها) فإن مسألة أهلية الاتفاق على التحكيم تثير مشكلة غاية فى الأهمية. وهى مدى أهلية الأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم.

وفى ضوء ما تقدم نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول ونتناول فيه القانون واجب التطبيق على أهلية الأشخاص الخاصة فى الاتفاق على التحكيم، والثانى نتناول فيه أهلية الأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم.

---

(١) انظر: د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١١٢، بند ٤٢؛ د. ناريمان عبدالقادر، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

الفرع الأول

القانون واجب التطبيق
على أهلية الأشخاص الخاصة

إن أهلية التعاقد وإن كانت شرطا لصحة العقد إلا أنها فى الحقيقة صفة لصيقة بالشخص تتحدد على أساس حالته، وتعد جزءا من نظام الأهلية عموما، وليست من مسائل التصرف الإرادى ذاته. ومن هذا المنطلق اختصت الأهلية فى مختلف الدول بقاعدة إسناد مؤداها خضوع الأهلية للقانون الشخصى Loi Personnelle(١).

بيد أن الخلاف قد ثار بين الفقهاء حول تحديد المقصود بالقانون الشخصى. فقد ذهب رأى إلى وجوب الأخذ بقانون الجنسية، فى حين ذهب رأى آخر إلى وجوب الأخذ بقانون الموطن(٢).

ويتضح من استعراض تشريعات مختلف الدول أن فريقا من الدول يأخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصى، كما هو الحال فى الدول الأنجلوأمريكية وغالبية الدول الإسكندنافية. وفريقا آخر يأخذ بقانون الجنسية كما هو الحال بالنسبة للكثير من دول القارة الأوربية وبعض دول أمريكا اللاتينية واليابان(٣) وكذلك أيضا معظم تشريعات الدول العربية(٤).

والسؤال الذى يثور الآن هو هل تطبق هذه القاعدة على أهلية

---

(١) انظر: د. عزالدين عبدالله، القانون الدولى الخاص .....، المرجع السابق، ص ص ٤٦٦ - ٤٦٧، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى ....، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل بشأن المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوجيز فى تنازع القوانين .....، المرجع السابق، ص ١٨٠ ومابعدها، بند ١٦٤ ومابعده، وأيضا أستاذنا الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٢٩٦ ومابعدها، بند ١٠٦.

(٣) انظر: د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوجيز فى تنازع القوانين .....، المرجع السابق، ص ١٨٢، بند ١٦٧.

(٤) انظر: د. هشام خالد، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

الاتفاق على التحكيم؟ وبعبارة أخرى هل تخضع أهلية الاتفاق على التحكيم للقانون الشخصى للأطراف المتعاقدة؟

إذا رجعنا إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم نجد أنها قد أخذت بقاعدة خضوع أهلية التحكيم للقانون الشخصى. وذلك بعد أن استبعدت مسألة الأهلية من اختصاص القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم (أى قانون الإرادة أو القانون الإحتياطى له). فقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ قاعدة إسناد مفادها رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المتمسك ضده بالحكم «أن الأطراف فى اتفاق التحكيم كان يعيبهم نقص فى الأهلية وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم». وقد أخذت الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ بهذه القاعدة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من هذه الاتفاقية على أن تفصل محاكم الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بأهلية الأطراف «وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم». كما أجازت هذه الاتفاقية رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، فى الفقرة الأولى من المادة التاسعة، إذا كان «الأطراف فى اتفاق التحكيم قد عابهم نقص فى الأهلية وفقا للقانون الواجب التطبيق عليهم».

ولكن يؤخذ على الاتفاقيات الدولية أنها لم تضع قاعدة إسناد موحدة على الصعيد الدولى، فإذا كانت قد أخذت بالقانون الشخصى إلا أنها لم تبين المقصود بالقانون الشخصى وما إذا كان هو قانون الجنسية أم قانون الموطن. ومن ثم يكون للقاضى الذى يطرح عليه الأمر فى النهاية - قاضى القوة التنفيذية - بيان القانون الشخصى الذى يحكم أهلية أطراف اتفاق التحكيم وفقا لقاعدة الإسناد فى قانونه الوطنى. فإذا طرح الأمر على قاض فرنسى أو مصرى مثلا، طبق على أهلية التحكيم قانون الجنسية. أما إذا عرض الأمر على قاض أمريكى أو بريطانى، طبق على أهلية التحكيم قانون موطن الشخص الطرف فى اتفاق التحكيم(١).

---

(١) انظر فى نفس المعنى:

Fouchard, (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 87, No. 152 - 153; Goldman (BO), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, Dr. int, Fasc, 586-2, No. 94 etSS.; Arbitrage ... Op. Cit., -

كما يعيب هذا الحل أنه لم يعالج الفرض الذى تكون فيه مسألة الأهلية مطروحة على محكمة التحكيم. وذلك لأن محكمة التحكيم لا تملك قواعد إسناد خاصة بها تبين ما إذا كان القانون الشخصى هو قانون الجنسية أم قانون الموطن(١).

وفى ضوء ذلك، وجدت محاولات من قبل الفقه لوضع قاعدة إسناد موحدة تطبق فى جميع الحالات وتفرض على محكمة التحكيم والقاضى الوطنى على حد سواء. فقد ذهب رأى(٢) إلى القول بخضوع الأهلية للقانون الذى تحدده قاعدة الإسناد فى الدولة مقر محكمة التحكيم.

وهو الحل الذى تبناه مجمع القانون الدولى فى التوصيات التى أصدرها فى دور انعقاده بأمستردام لسنة ١٩٥٧(٣). حيث نصت المادة الرابعة على أن «يسرى على أهلية التحكيم القانون الذى تعينه قواعد الإسناد النافذة فى الدولة التى يوجد بها مقر محكمة التحكيم».

ولكن هذا الحل تعرض للنقد من نواح عدة. فمن ناحية أولى إذا كان هذا الحل يتميز بأنه يفرض قاعدة إسناد موحدة فى كل الأحوال. وهى أن القانون الدولى الخاص فى الدولة مقر التحكيم هو المختص وحده لتحديد القانون واجب التطبيق على أهلية التحكيم. إلا أن هذا الحل يعيبه الجمود. وإذا كان بعض المحكمين يأخذون به فإن البعض الآخر يتردد فى

- Dalloz, Dr. int., P. 119, No. 88 - 90.; Foustoucos (A.C.), L'arbitrage interne et ...., Op. Cit., P. 227, No. 340.

وفى الفقه المصرى راجع: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٥، بند ١٤٧؛ د. سامية راشد: التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٢٢٢ - ٢٢٣، بند ١٨٢.

(١) انظر: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٢٢٢، بند ١٨٢.

(٢) انظر: Sauser - Hall (G.), Op. Cit., 1952, P. 547.

(٣) انظر: A.I.D.I., 1957, P. 479 etSS.

الأخذ به وذلك عندما يكون مقر التحكيم عارضا، ويفضلون إما الأخذ بقاعدة الإسناد التي يرون أنها الأفضل من غيرها أو المعترف بها على نطاق واسع، أو الأخذ في الاعتبار قواعد الإسناد في الدولة التي سيطلب فيها - على الأرجح - القوة التنفيذية لحكم التحكيم(١).

ومن ناحية ثانية فليس هناك ما يبرر تفضيل قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة مقر التحكيم على قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي، الذي يطلب منه تنفيذ الحكم(٢).

ومن ناحية ثالثة فإن إجراءات التحكيم يمكن أن تباشر في أكثر من دولة، وبالتالي يثور التساؤل عن كيفية المفاضلة بين قوانين هذه الدول. وبالإضافة إلى ذلك فإن دولة المقر قد تنعدم الصلة بينها وبين النزاع الأمر الذي يبرر عدم اللجوء إلى قاعدة الإسناد المختصة لديها(٣).

وذهب رأي ثان(٤) إلى القول بإخضاع أهلية التحكيم للقانون الذي تعينه قواعد الإسناد في قانون القاضي Loi du for والقانون واجب التطبيق على التحكيم Loi d'arbitrage(٥)، أي قانون الإرادة المستقلة. ولكن يعيب هذا الحل أنه يؤدي إلى تطبيق قاعدتين للإسناد تطبيقا جامعا

---

(١) انظر:

Fouchard, (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 88, No. 154.

(٢) انظر:

Lalive (P.), Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 601, No. 6.

(٣) انظر: د. هشام خالد، المرجع السابق، ص ٢٢٤ - ٢٢٥، بند ٢١٥.

(٤) انظر:

Klein (E.F.), Considérations ......, Op. Cit., P. 250, No. 136.

(٥) تجدر الإشارة إلى أن هذا الفقيه يرى إخضاع التحكيم في كل مراحله المتعاقبة لقانون واحد، وهو قانون الإرادة، راجع مؤلفه:

Considérations ....., Op. Cit., P. 211 etS.

Application Cumulative، مما قد لا يحل المشكلة بل قد يزيد من تعقيدها(١).

وذهب رأى ثالث(٢) إلى القول بأنه، من أجل تفادى اختلاف الحلول المترتبة على تطبيق القانون الشخصى، فإن الحل الأفضل يتمثل فى إسناد أهلية التحكيم إلى القانون واجب التطبيق على العقد ذاته. ولكن هذا الحل لا يمكن الأخذ به لأن مسألة الأهلية ليست من المسائل التعاقدية بل هى صفة لصيقة بالشخص وتتحدد بمراعاة حالته. كما أن هذا الحل يخالف ما استقر عليه العمل فى المجتمع الدولى المعاصر، حيث أن الغالبية العظمى من تشريعات الدول تصنف الأهلية ضمن النظام الشخصى، وتختصها بقاعدة إسناد مفادها خضوع الأهلية للقانون الشخصى للأطراف المعنية. هذا بالإضافة إلى أن إسناد الأهلية إلى قانون العقد قد يترتب عليه أيضا إختلاف فى الحلول حسب مضمون القانون الذى يحكم العقد فى كل قضية على حدة.

وإزاء عدم كفاية الأخذ بالحلول المقترحة من قبل بعض الفقهاء على نحو ما بينا، يتجه الفقه الراجح(٣) - فى نظرنا - إلى التسليم

---

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 87, No. 154.

(٢) راجع فى ذلك:

Goldman (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 117, No. 64.

(٣) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 88, No. 156.

حيث يرى عدم إمكان التخلص من الاختيار بين قانون الجنسية وقانون الموطن إزاء قواعد الإسناد المفروضة من قبل الاتفاقيات الدولية السابق ذكرها، وأنظر أيضا:

Boisseson (M.), Le droit Français ....., Op. Cit., P. 497, No. 583.

وراجع أيضا:

Robert (J.), L'arbitrage, droit interne, droit international privé, Dalloz, 5e édition, 1983, PP. 233 - 234, No. 268 et 6e edition, 1993, P. 237, No 268.

بالقاعدة التى أخذت بها الاتفاقيات الدولية، وهى خضوع أهلية التحكيم للقانون الشخصى للأطراف المتعاقدة، سواء أكان قانون الموطن أو قانون الجنسية.

ويذهب جانب من الفقه(١) إلى ضرورة الأخذ، فى مجال أهلية التحكيم، بقضاء ليزاردى Lizardi(٢) الشهير، والذى مفاده عدم الاعتداد بنقص الأهلية المقرر فى القانون الشخصى واجب التطبيق على أحد الأطراف، مادام أن الطرف الآخر كان معذورا فى جهله بنقص أهلية هذا الطرف المتعاقد معه.

وبالتالى يستطيع المحكمون عدم الاعتداد بنقص أهلية أحد الأطراف

---

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L´arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 88 - 89, No. 165.

وأيضا:

Boisseson (M.), Le droit Français ...., Op. Cit., P. 498, No. 583.

(٢) صدر هذا الحكم من محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ يناير سنة ١٨٦١، فى قضية تتلخص وقائعها فى أن شابا مكسيكيا يدعى ليزاردى ويبلغ من العمر ٢٣ سنة سافر إلى فرنسا حيث قام بشراء بعض المجوهرات من تاجر فرنسى، ووقع على سندات بثمنها، ولما طولب بالوفاء بهذه السندات دفع ببطلانها إستنادا إلى أنه قاصر وفقا للقانون المكسيكى الواجب التطبيق على أهليته والذى يقضى بأن سن الرشد ٢٥ عاما. ولكن القضاء الفرنسى حكم بصحة السندات والزم الشاب المكسيكى بها. وأيدت محكمة النقض هذا القضاء على أساس أنه لا يجوز أن يفترض فى الفرنسى العلم بكل قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية وسن الرشد ويكفى أن يكون المتعاقد الفرنسى قد تعاقد بحسن نية وبغير خفة أو رعونة. وقد حرصت العديد من الدول على تضمين تشريعاتها نصوصا تأخذ بهذا الحكم ومنها يمكن أن نذكر المادة ١١ من القانون المدنى المصرى. راجع مع المزيد من التفاصيل: د. عزالدين عبدالله، القانون الدولى الخاص .....، المرجع السابق، ص ٢٢٠ ومابعدها، بند ٨٤؛ د. فؤاد رياض، ود. سامية راشد، الوجيز فى تنازع القوانين .....، المرجع السابق، ص ٢٤٥ ومابعدها؛ د. هشام صادق، تنازع القوانين ....، المرجع السابق، ص ٥٩١ ومابعدها، بند ١٦٢؛ د. ابراهيم أحمد، القانون الدولى الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين .....، المرجع السابق، ص ٤٠٤ ومابعدها.

المقرر فى القانون الشخصى واجب التطبيق عليه إذا ما تبين لهم حسن نية الطرف الآخر وأنه كان معذورا فى جهله بنقص أهلية الطرف المتعاقد معه.

فى المقابل، يرى بعض الفقهاء(١) أن الأخذ بقضاء ليزاردى فى مسائل التحكيم الدولى يبدو أمرا غير مرغوب فيه، وذلك نظرا لقدرة كل طرف فى فحص أهلية الطرف الآخر فى قانونه الشخصى، سواء أكان هو قانون الجنسية أم قانون الموطن.

ونحن نرى وجوب الأخذ بقاعدة إسناد موحدة تطبق فى جميع الأحوال سواء أمام المحكم أو القاضى الوطنى، ونرى الأخذ بقانون الجنسية، باعتباره القانون الشخصى، ليكون هو الواجب التطبيق على أهلية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم. وذلك لكون قانون الجنسية هو القانون الأكثر ثباتا والأقل عرضة للتغيير من غيره، حيث يتحدد بالنظر إلى ضابط ثابت ألا وهو ضابط الجنسية. كما أن هذا القانون من السهل التوصل إليه حيث يكفى المحكم أو القاضى الوطنى تحديد الدولة التى ينتمى إليها الطرف المتعاقد برابطة الجنسية لمعرفة القانون واجب التطبيق على أهليته. ونوصى بالأخذ بهذا الحل بالنسبة لأهلية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم فى عقود البترول. وبناء عليه تخضع أهلية الشركات الأجنبية الخاصة لقوانين الدول التى ينتمون إليها بجنسياتهم، فإذا كانت الشركة أمريكية فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الأمريكى، وإذا كانت فرنسية فإن القانون واجب التطبيق هو القانون الفرنسى، وهكذا.

---

(١) انظر:

Loussouarn (Y.), et Bredin, (J-D.), Op. Cit., P. 95, No 82.

وفى نفس المعنى راجع:

Robert (J.), Op. Cit., P. 5e édition, 1983, P. 234, No. 268.

حيث يرى أنه من المشكوك فيه الاعتراف بجهل أهلية المتعاقد الأجنبى، وذلك نظرا لاهتمام كل طرف بالتأكد من أهلية الطرف الآخر منذ لحظة إبرام العقد.

ومع ذلك، يمكن اللجوء إحتياطيا إلى قانون الموطن فى حالة عدم كفاية معيار الجنسية فى تحديد القانون واجب التطبيق، كما لو كانت الشركة المتعاقدة تحمل أكثر من جنسية مثلا.

الفرع الثانى

أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم

لبحث مشكلة مدى أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم نعرض تباعا لموقف كل من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والقضاء الوطنى وآراء الفقهاء وأخيرا لأحكام التحكيم وذلك على النحو التالى:

أولا: القوانين الوطنية:

لم تتخذ القوانين الوطنية موقفا موحدا تجاه مسألة أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى للتحكيم، بل اختلفت فيما بينها. فمن القوانين ما تعترف للدول والأشخاص المعنوية العامة بأهلية التحكيم. ومنها ما يحظر عليها اللجوء للتحكيم.

١ - القوانين الوطنية التى قررت أهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم:

اعترفت العديد من القوانين الوطنية للدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى بأهلية إبرام اتفاقات التحكيم، وبصفة خاصة فى مجال المعاملات الدولية الخاصة.

فقد اعترفت بذلك معظم قوانين الدول الأوربية مثل النمسا وأسبانيا وإيطاليا وسويسرا، وكذلك تشريعات الدول الإسكندنافية (الدنمارك وفنلندا والسويد والنرويج)(١). وكذلك فى ألمانيا، حيث لم يستبعد القانون الألمانى

---

(١) انظر:

El - Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 137; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 480, No. 686; Flamme, L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et -

من نطاق التحكيم سوى المسائل الخاضعة للقانون العام وتلك المتعلقة بالنظام العام. أما بالنسبة لمنازعات القانون الخاص، فإنه يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم مثلها فى ذلك مثل الأشخاص الخاصة(١). وكذلك الحال بالنسبة للدول الاشتراكية، (روسيا والمجر وبولينيا ويوغسلافيا وبلغاريا ورومانيا)، ففى هذه البلدان تمارس التجارة الخارجية بواسطة المؤسسات الحكومية الخاضعة للقانون العام. ولا تقبل هذه المؤسسات سوى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة. فالتحكيم يعتبر، فى هذه البلدان، الوسيلة الطبيعية والوحيدة المقررة لتسوية المنازعات التى تثور بين الأشخاص العامة والشركات الأجنبية المتعاملة معها(٢). وقد اعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم تشريعات بعض الدول الأسيوية مثل الهند وباكستان واليابان(٣).

ولقد تضمنت قوانين الاستثمار فى العديد من الدول نصوصا صريحة بشأن التحكيم، بمقتضاها يتم حسم المنازعات التى يمكن أن تثور بين الدولة

- personnes de droit privé, Rev. Arb., 1966, P. 85; Storme (M.), L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb., 1978, P. 123.

(١) انظر:
El - Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 136; Storme (M.), Op. Cit., P. 126.

(٢) انظر:
El - Ahdab (A.), L'arbitrage dans les pays arabes, écomomica, Paris, 1988, P. 828; Huys (M.) et Keutgen (G), Op. Cit., P. 480, No. 686; El - Gohary (M.F), Op. Cit., P. 129, No. 138.

(٣) انظر:
Flamme, Op. Cit., P. 85; Storme (M.), Op. Cit., P. 123; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 480, No. 686; El-Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 137.

والأشخاص العامة من ناحية، والمستثمر الأجنبى من ناحية أخرى، وفقا لإجراءات التحكيم. ومن هذه القوانين ما أخذت بأسلوب التحكيم الحر Ad Hoc مثل القوانين اليونانية لحماية رأس المال الأجنبى والتنمية الاقتصادية، والقانون الأفغانى والأندونيسى والجابونى، وقانون النيجر(١). ومنها ما أخذت بالتحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، من ذلك قانون زائير، والقانون التونسى الصادر فى ٢٩ مايو ١٩٦٩، والقانون النيجيرى الصادر فى ١١ مارس ١٩٧٤(٢).

وقد تضمنت بعض القوانين الخاصة باستغلال الثروات الطبيعية - وخصوصا الثروة البترولية - النص على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التى يمكن أن تثور بمناسبة استغلالها، كما هو الحال فى اليونان وباكستان والمغرب وإيران(٣).

ويمكن أن نذكر من بين القوانين التى اعترفت بأهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم، القانون المصرى الجديد للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث نصت المادة الأولى منه على أن «مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية .... تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع ...».

ولكن على الرغم من وضوح النص المذكور واعترافه بقدرة أشخاص

---

(١) انظر: Vergopoulos - Michail, Op. Cit., PP. 22 - 24.

(٢) انظر: Ibid, P. 30.

(٣) انظر: Ibid, PP. 22 - 24.

- وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإيرانى لسنة ١٩٤٥ كان يشترط لالتجاء الحكومة إلى التحكيم فى منازعاتها مع الأفراد الحصول على إذن من مجلس الوزراء، ومع ذلك كان هذا القيد لا يسرى على الشركة الوطنية الإيرانية للبترول. ثم جاء قانون البترول الإيرانى فى سنة ١٩٥٧، ونص صراحة على قدرة الشركة الإيرانية على اللجوء للتحكيم بصدد المنازعات الناشئة عن عقود البترول. راجع:
El - Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 130, No. 139.

القانون العام على الاتفاق على التحكيم أيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع، وسواء أكانت مدنية أو تجارية أو إدارية، إلا أن الخلاف قد ثار حول مدى جواز اتفاق اشخاص القانون العام على التحكيم بخصوص العقود الإدارية(١).

وسرعان ما حسم المشرع هذا الأمر بإدخال تعديل تشريعى لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وافق عليه مجلس الشعب فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٩٧ بإضافة فقرة إلى المادة المذكورة تقضى بأنه «فى جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية ....».

ويمكن أن نذكر ضمن هذا الاتجاه أيضا، الدول التى لم تتضمن تشريعاتها أى نص قانونى يحظر على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لانجلترا حيث لم تتضمن قوانين التحكيم المتعاقبة - لسنة ١٨٨٩، ١٩٣٤، ١٩٥٠، ١٩٧٩ - أى نص يحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم(٢). وكذلك أيضا بالنسبة لبعض الدول العربية مثل العراق والكويت، حيث تتضمن غالبية العقود المبرمة بين الحكومة والأشخاص الخاصة الأجنبية - وخصوصا عقود البترول - شروطا تقضى بخضوع المنازعات التى تنشأ عنها للتحكيم(٣).

والنتيجة التى يمكن أن نستخلصها من العرض السابق هى صلاحية

---

(١) انظر فى هذا الخلاف: د. ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٢٢ ومابعدها.

(٢) انظر:

Zahi (A.), L'État et l'arbitrage, étude comparée, principalement du droit des États arabes, Thèse, Orléans, 1979, PP. 113 - 114; El-Ahdab (A.), L'arbitrage dans ...., Op. Cit., P. 115; El-Gohary (M.F.), Op. Cit., P. 128, No. 137.

(٣) انظر: بالنسبة للعراق:

El-Ahdab (A.), L'arbitrage dans ...., Op. Cit., P. 449, et P. 510.

وبالنسبة للكويت راجع:

Chamy (E.), Op. Cit., P. 212 et P. 328, No. 312.

الدولة والأشخاص المعنوية الأخرى للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم فى هذه الدول. ومن ثم يجوز لها الاتفاق على التحكيم بصدد عقود البترول التى تبرمها مع الشركات الأجنبية.

٢ - القوانين الوطنية التى حظرت على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم:

حظرت قوانين بعض الدول العربية على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التى تنشأ عن العقود التى تبرمها مع الأشخاص الخاصة. ويمكن أن نذكر من هذه الدول السعودية وليبيا والجزائر.

ففى المملكة العربية السعودية، بعد أن كانت الحكومة تقبل اللجوء إلى التحكيم من أجل حسم المنازعات التى تثور بينها وبين المستثمرين الأجانب، كما يتضح من استقراء عقود البترول التى أبرمتها مع الشركات الأجنبية العاملة فى مجال البترول، فإن حكم تحكيم أرامكو لسنة ١٩٥٨ كان له ردود فعل وانعكاسات خطيرة على ممارسة التحكيم من قبل حكومة السعودية، وكان بداية لمناقشات طويلة حول شرعية أسلوب التحكيم ذاته سواء بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص الخاصة.

ففى ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٣ أصدر مجلس الوزراء السعودى قرارا يحظر فيه على الأشخاص العامة كل شكل من أشكال التحكيم التجارى الدولى. ومع ذلك أجاز هذا القرار اللجوء إلى التحكيم فى مجال عقود الامتياز الهامة إذا ما وجدت المملكة ميزة خاصة فى إدراج شرط التحكيم فى مثل هذه العقود(١). ونظرا لأن عقود البترول تعد ذات أهمية حيوية بالنسبة للمملكة، فقد استمر التحكيم كأسلوب متبع لحسم المنازعات التى تثور بشأنها(٢).

---

(١) راجع:

El - Ahdab, L´arbitrage dans ...., Op. Cit., P. 260 etS.: Chamy (E.), Op. Cit., P. 291, No. 283.; Vergopoulos - Michaïl (A.), Op. Cit., P. 50 - 51.

(٢) راجع المادة (٢٠) من العقد المبرم فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦٧ بين المؤسسة السعودية بترومين والشركة الإيطالية اجيب، والمادة (٢٥) من العقد المبرم بين نفس المؤسسة وشركة سانكلير فى ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧، انظر: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٣٢١، ص ١٤٢٦ على التوالى.

وأخيرا، وبعد سنوات عديدة من المناقشات التى دارت حول شرعية التحكيم فى المملكة، صدر قانون التحكيم فى ١٤٠٣/٧/١٢هـ، الموافق ٢٥ إبريل ١٩٨٣م. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من هذا القانون على أنه «لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتهم مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم»(١). وبناء عليه، فإن أهلية الأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم، فى المملكة العربية السعودية، مقيدة بشرط الحصول على موافقة مجلس الوزراء، وليست لها الأهلية الكاملة فى اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها مع الأشخاص الأخرى.

وفى ليبيا فرض الحظر على الدولة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم بصدور القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٠، والذى نصت المادة الأولى منه على أنه «يعد باطلا كل شرط يرد فى عقد مبرم بواسطة الوزارات والإدارات الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة ينص على تسوية المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد بطريق التحكيم ...». ويستفاد من هذا النص أن الحظر يرد على التحكيم ذى الطابع الدولى، وذلك لأن غالبية العقود ذات الطابع الدولى - وخصوصا عقود البترول - المبرمة مع شركات أجنبية يكون فيها الطرف الليبى أحد الأشخاص العامة.

على أن هذا الحظر لم يستمر سوى بضعة شهور أمام حاجات التجارة الدولية، واضطر المشرع إلى التدخل فى ٤ يناير ١٩٧١ حيث أضاف للمادة الأولى من القانون المذكور الفقرة الآتية «ومع ذلك يجوز

---

(١) راجع فى التعليق على هذا القانون:

El - Ahdab (A.), L´arbitrage en arabie Saoudite sous le régime de la Nouvelle loi de 1983 et de son décret d´application de 1985, Rev. Arb., 1986, P. 541 etSS; Chamy (E.), Op. Cit., P. 311 etSS, No. 296 etSS.

وانظر بالعربية، محمد أحمد المنصورى، نظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية، بحث مقدم إلى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط الذى انعقد بالقاهرة فى يناير عام ١٩٨٩.

لمجلس الوزراء الموافقة على إلغاء هذا الحظر، بناء على الاعتبارات الضرورية المقدمة من الوزير المختص، بالنسبة لبعض الأطراف وبعض العقود». ثم أصدر المشرع الليبى فى ١٥ أكتوبر لسنة ١٩٧٢ قانونا ذى مادة واحدة - ألغى بموجبه الحظر الذى كان يفرضه القانون السابق - نص على أن «يقرر المشرع الليبى التنازل نهائيا عن فكرة حظر اللجوء إلى التحكيم فى العقود الإدارية».

ثم عاد المشرع الليبى وقصر اللجوء إلى التحكيم على الحالات الاستثنائية فقط وذلك فى ٣٠ نوفمبر لسنة ١٩٧٧. ثم أصدر المشرع مرسوما فى ٦ مايو سنة ١٩٨٠ حول تنظيم العقود الإدارية، نصت المادة ٩٩ منه على أنه «فى العقود الإدارية، يجب النص على أن تحسم المنازعات الناشئة عن العقد من حيث المبدأ لاختصاص القضاء الليبى. ومع ذلك يجوز اللجوء إلى التحكيم عند الضرورة وبالنسبة للعقود المبرمة مع الشركات الأجنبية ...». ويستخلص من هذا النص أن المشرع الليبى قد حظر على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم بشأن المعاملات الداخلية، وأجاز لها اللجوء إلى التحكيم بصدد العقود ذات العنصر الأجنبى(١).

وأخيرا، تدخل المشرع فى ٣٠ نوفمبر ١٩٨٦، وحظر اللجوء إلى التحكيم، وجعل الاختصاص للمحاكم الليبية وحدها، حيث عدل من نص المادة ٩٩ - السابق ذكرها - وأصبحت كالتالى «تختص المحاكم الليبية وحدها بالفصل فى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. ويعتبر باطلا كل نص يخضع حل المنازعات الناشئة عن العقد إلى التحكيم أو إلى

---

(١) راجع فى ذلك كله:
Mezghani (A.), Souveraineté de l'État et Participation à l'arbitrage, Rev. Arb., 1985, P. 555 etSS.; El-Ahdab (A.), L'arbitrage dans ....., Op. Cit., PP. 590 - 591; Chamy (E.), Op. Cit., P. 254 etSS, No. 251 etSS.

أى قضاء آخر ...»(١). وبناء على هذا، أصبح محظورا على الأشخاص العامة الليبية الاتفاق على التحكيم لفض المنازعات التى تثور بصدد العقود التى تبرمها - بما فى ذلك عقود البترول - مع الأشخاص الخاصة الأجنبية.

أما بالنسبة للجزائر، فيرجع الحظر المفروض على الأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم، إلى نص المادة ٣/٤٤٢ من قانون المرافعات الجزائرى الصادر فى ٨ يونيو سنة ١٩٦٦، والتى تنص على أنه «لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم». وقد أكد المشرع هذا الحظر، ونص على مبدأ اختصاص القضاء الوطنى، وذلك بالقانون الصادر فى ١٩ أغسطس سنة ١٩٨٦، والذى حث فيه الشركات الأجنبية على المساهمة مع الشركة العامة سوناطراك Sonatrach فى ميدان البحث والتنقيب واستغلال المواد الهيدروكاربونية. فقد أعطى هذا القانون للأطراف القدرة على عرض النزاع الذى ينشأ بينهم على لجنة توفيق Une comission de conciliation لحسم النزاع بطريقة ودية. فإذا لم يتفق الأطراف على عرض النزاع على هذه اللجنة أو انتهت إجراءات التوفيق بالفشل، فلا مناص فى هذه الحالة من اللجوء إلى القضاء الوطنى لحسم النزاع.

ولكن على الرغم من هذا الموقف التشريعى الواضح، ومن رفض الجزائر للتحكيم، إلا أن الموقف من الناحية العملية كان مختلفا تماما. فقد أبرمت الجزائر العديد من عقود البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة والتى تضمنت شروطا للتحكيم. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال العقد الذى أبرم فى ١٩ أكتوبر لسنة ١٩٦٨ بين الجزائر وشركة جيتى الأمريكية. وقد استمر النص على التحكيم - حتى بعد تأميم صناعة البترول فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧١ - فى العقود التى أبرمتها شركة

---

(١) انظر:

El - Ahdab (A.), L'arbitrage dans ...., Op. Cit., P. 592.

سوناطراك الجزائرية مع شركات البترول الأجنبية ونذكر من ذلك العقد التكميلى المبرم فى ٢٧ مايو سنة ١٩٧٢ بين شركة جيتى وسوناطراك، فقد نصت المادة (١٢) من هذا العقد على الأخذ بالتحكيم(١).

ومن أجل أن يتطابق الموقف التشريعى مع الممارسة العملية، تدخل المشرع الجزائرى وعدل من صياغة المادة (٤٤٢) من قانون المرافعات، وذلك بموجب المرسوم التشريعى الصادر فى ٢٣ أبريل لسنة ١٩٩٣. وجاءت صياغة المادة المذكورة على النحو التالى «لا يجوز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا فى علاقات التجارة الدولية». وبهذا يكون المشرع قد اعترف بأهلية الأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم بصدد العقود ذات الطابع الدولى، بما فى ذلك عقود البترول المبرمة مع الشركات الأجنبية.

ومن بين القوانين التى حظرت على الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، قوانين دول أمريكا اللاتينية. فقد اتخذت هذه الدول موقفا عدائيا تجاه التحكيم واعتبرته اعتداءا على سيادتها الوطنية، فأدرجت فى قوانينها نصوصا تحظر على الدولة والأشخاص العامة اللجوء للتحكيم، ويمكن أن نذكر على سبيل المثال، المادة السادسة من قانون الأرجنتين لسنة ١٩٧٣، والمادة التاسعة من قانون فنزويلا لسنة ١٩٤٣. بل لقد ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أدرجت فى عقود الاستثمار شروطا يتنازل بموجبها المستثمر الأجنبى عن الحماية الدبلوماسية لدولته، وعن اللجوء إلى التحكيم، ويقبل فقط الاختصاص المقصور للمحاكم الوطنية لحسم المنازعات التى تنشأ عن هذه العقود. ويرجع هذا الموقف العدائى تجاه التحكيم إلى ما يسمى فى دول أمريكا اللاتينية بمذهب كالفو La Doctrine Calvo والذى بموجبه

---

(١) وليجع فى ذلك كله:

Issad (M.), L'arbitrage en Algérie, Rev. Arb., PP. 234 etSS. Terki (N.E.), L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev. Arb., 1990, PP. 588 etSS. et L'arbitrage et l'entreprise publique en Afrique de nord, R.D.D.C., 1988, PP. 132 etS.

لا يجوز للأجانب التمتع بحقوق أو امتيازات أكثر من المعترف بها للمواطنين، كما يجب على الأجانب الخضوع للقضاء الوطنى فى المنازعات الناشئة عن عقودهم مثلهم فى ذلك مثل المواطنين.

وبالتطبيق لهذا المذهب، وضعت الدول الأعضاء فى اتفاق قرطاجنه (شيلى، بوليفا، كولومبيا، فنزويلا، ليكاتير) تقنين أنديين Andin للاستثمار الأجنبى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٠، والذى نص فى المادة (٥١) منه على أن «لا يجوز إدراج شروط من شأنها استبعاد المنازعات أو الخلافات المحتملة من اختصاص القضاء الوطنى، ومن اختصاص قانون الدولة المضيفة».

ولعل هذا الموقف المعارض للتحكيم هو ما يفسر عدم انضمام دول أمريكا اللاتينية إلى اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى. حيث ترى هذه الدول فى الوسائل التى أخذت بها هذه الاتفاقية تدخلا فى شئونها الداخلية، واعتداء على مبدأ وجوب معاملة الأجانب والمواطنين على قدم المساواة، كما أنها تدل على فقدان الثقة فى استقلال المحاكم الوطنية ونزاهتها(١).

وقد حظرت قوانين بعض الدول الأوربية على الدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم. وأكبر مثال يمكن أن يساق فى هذا الصدد هو القانون الفرنسى، وبعض القوانين التى تأثرت به(٢).

---

(١) راجع فى ذلك كله:
Van Den Berg (A.J.), Op. Cit., PP. 148 - 149.; El-Ahdab (A), L'arbitrage dans ...... Op. Cit., PP. 827 - 828.; Vergopoulos - Michaîl (A.), Op. Cit., P. 41 etSS.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., PP. 254 - 255, No. 447 - 449.

(٢) كان هذا الحظر منصوصا عليه فى المادتين ١٠٠٤، ٨٣ من قانون المرافعات البلجيكى، حتى حدث تعديل تشريعى فى سنة ١٩٧٢، حيث ورد الحظر فى المادة ٢/١٦٧٦ من قانون القضاء البلجيكى، والتى نصت على أنه «فيما عدا الأشخاص المعنوية العامة، فإن كل شخص له أهلية الصلح يمكنه إبرام اتفاق تحكيم. وتستطيع الدولة إبرام اتفاق تحكيم عندما تجيز لها ذلك معاهدة». ووفقا للفقرة الثالثة من ذات المادة تنطبق أحكام هذا القانون مع مراعاة الإستثناءات المنصوص عليها بقانون». =

إن نقطة البداية فى هذا الحظر الموجه إلى الدولة والأشخاص العامة تكمن فى قانون المرافعات الفرنسى القديم، وعلى وجه التحديد فى المادتين ١٠٠٤، ٨٣. فقد نصت المادة ١٠٠٤ على عدم جواز الاتفاق على التحكيم فى المنازعات التى يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة وحضورها فى الدعوى. وقد عددت المادة ٨٣ هذه المنازعات وذكرت من بينها «المنازعات التى يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة»(١).

ومع ذلك ذهب الفقه الغالب(٢) - تعقيبا على هذين النصين - إلى

- وبناء على ذلك لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا فى حالتين: إذا أجازت ذلك معاهدة دولية أو إذا وجد قانون خاص يجيز التحكيم. راجع فى ذلك:

Reymond (C.), Souverainete' de l'État et participation `a l'arbitrage, Rev. Arb., 1985, P. 528.; Rivero (J.), Personnes morales de droit public et arbitrage, Rev. Arb., 1973, P. 263.; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 66, No. 65 - 66.; Storme (M.), Op. Cit., P. 113, etSS.

(١) انظر:

Vedel: le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1961, P. 117.; Mestre (A.), Les Établissements publics industriels et commerciaux et le recours `a l'arbitrage, Rev. Arb., 1976, P. 4.; Leducq (X.), Op. Cit., PP. 373 - 374, No. 623 - 624.

وفى التعليق على هاتين المادتين انظر:

Zahi (A.), Op. Cit., P. 36 etSS.

(٢) انظر:

Vedel: Op. Cit., P. 118.; Rubellin - Dévichi (J.), Op. Cit., P. 73 et 74, No. 95 - 97.; Motulsky: L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public, Rev. Arb., 1956, P. 38. ; La capacité de comprometttre des établissements publics `a caractère commercial, Rev. Arb., 1958, P. 39; Leducq (X.), Op. Cit., PP 374 - 375.

وفى الانتقادات التى وجهت إلى هذا الحظر راجع:

Mestre (A.), Op. Cit.. P. 7 etSS.

أن هذا الحظر قاصر على الأشخاص الإدارية بالمعنى الدقيق، ولا يمتد إلى الأشخاص العامة ذات الطابع التجارى والصناعى، وذلك على أساس أن المؤسسة العامة ذات الطابع التجارى والصناعى تعتبر تاجرا حقيقيا تطبق على علاقاته قواعد القانون التجارى، وتخضع للقضاء التجارى. وبالتالى يكون فى مقدور الأشخاص العامة ذات الطابع التجارى والصناعى اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمنازعات الناشئة عن المعاملات الخاضعة للقانون الخاص.

بيد أن مجلس الدولة الفرنسى قد أظهر معارضته الدائمة بخصوص لجوء الأشخاص العامة للتحكيم. ففى الحكم الذى أصدره مجلس الدولة فى ١٢ ديسمبر لسنة ١٩٥٧، أكد فيه «يستخلص من نص المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية أن المؤسسات العامة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم، إلا إذا وجد نص تشريعى خاص يسمح لها بذلك»(١). ولقد تدخل المشرع الفرنسى بالفعل فى العديد من المرات وأصدر قوانين خاصة أجاز بموجبها للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم(٢).

وقد حدث تعديلان تشريعيان. أولهما:بالقانون المدنى الصادر فى ٥ يوليو ١٩٧٢م وبموجبه لم يفعل المشرع سوى النص على الخطر فى المادة ٢٠٦٠ والتى نصت على أنه: «لا يجوز التحكيم ... فى المنازعات المتعلقة بالهيئات والمؤسسات العامة، وبوجه عام فى المسائل المتعلقة بالنظام العام». وثانيهما: بالقانون الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩٧٥، وبموجبه أضاف المشرع للمادة ٢٠٦٠ فقرة ثانية تقضى بأنه «ومع ذلك يجوز الترخيص لبعض أنواع

---

(١) انظر الحكم منشور فى: Rev. Arb., 1958, P. 20.
وفى التعليق عليه راجع:
Motulsky: Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Op. Cit., P. 103 etSS.

(٢) ونذكر من ذلك القانون الصادر فى ١٧ إبريل سنة ١٩٠٦، والقانون الصادر فى ٨ إبريل سنة ١٩٤٦، حول تأميم الجاز والكهرباء، انظر:
Vedel: Op. Cit., P. 119.; Flamme: Op. Cit., P. 85 etS.; Zahi (A.), Op. Cit., PP. 45 - 46.

المؤسسات العامة ذات الطابع التجارى والصناعى باللجوء إلى التحكيم وذلك بموجب مرسوم»(١).

وبناء عليه، لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم، ولا يستثنى من ذلك سوى المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى وذلك بشرط أن يرخص لها مرسوم بذلك(٢).

وقد استمر مجلس الدولة الفرنسى على موقفه المعارض تجاه لجوء الدولة والأشخاص العامة للتحكيم، متمسكا بالحظر المفروض عليها. فعندما طلب منه الرأى بخضوع مشروع Eurodisneylend، أكد أن الاتفاق تتوافر فيه الخصائص المميزة للعقد الإدارى، ويتطلب تنفيذه ممارسة امتيازات السلطة العامة. وانتهى المجلس إلى أن هذا العقد لا يعد عقدا دوليا، وأن التصديق على اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار من قبل فرنسا، ليس له أى أثر على الحظر المفروض على الأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم.

وقد كان من شأن هذا الرأى أن اضطرت الحكومة الفرنسية إلى استصدار قانون فى ١٩ أغسطس سنة ١٩٨٦ نص فى المادة التاسعة منه على أنه «بالمخالفة لنص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدنى، يجوز للدولة والمؤسسات العامة إدراج شرط تحكيم فى العقود التى يبرمونها مع الشركات الأجنبية لإنجاز عمليات ذات مصلحة وطنية، وذلك لتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق وتفسير هذه العقود»(٣).

---

(١) حول هذين التعديلين التشريعيين انظر:
Zahi (A.), Op. Cit., P. 51 etSS.; Leducq (X.), Op. Cit., P. 375 etSS.; Mestre (A.), Op. Cit., P. 3 etSS.

(٢) حول المزيد من التفاصيل بالنسبة لهذا الاستثناء راجع:
Mestre (A.), Op. Cit., P. 12 etSS.

(٣) انظر:
El - Ahdab (A.), L'arbitrage dans ...., Op. Cit., PP. 93 - 94.

وراجع فى التعليق على هذا القانون:
Boisseson (M.), Intérrogations et doutes sur une évolution législative: article 9 de la loi du 19 Août 1986.; Rev. Arb. 1987, P. 3 etSS.

وتجدر الإشارة أخيرا، إلى أن القانون الفرنسى بشأن التحكيم الصادر فى ١٢ مايو لسنة ١٩٨١، لم يتضمن نصا بشأن أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم. ولكن تقرير وزير العدل بشأن هذا القانون الذى قدمه إلى رئيس الوزراء جاء فيه «أن الأحكام الجديدة بشأن التحكيم الدولى لا تتعلق إلا بالإجراءات ولا تمس مطلقا المبادىء التى قررتها محكمة النقض فيما يتعلق بالنظام القانونى للتحكيم الدولى. والتى من أهمها الأحكام الصادرة بخصوص اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة»(١). ويكفى أن نذكر هنا أن قضاء محكمة النقض قد استقر على قصر هذا الحظر على العلاقات الداخلية، دون العلاقات ذات الطابع الدولى. وهذا مفاده الاعتراف بأهلية الدولة والأشخاص فى الاتفاق على التحكيم فى علاقات القانون الدولى الخاص.

ثانيا: الاتفاقيات الدولية:

لم يتضمن بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧، واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، أى نص يتعلق بأهلية الدول والأشخاص المعنوية العامة فى الاتفاق على التحكيم.

ومع ذلك، ذهب جانب من الفقه(٢) إلى أن نطاق تطبيق اتفاقية نيويورك يتسع ليشمل اتفاقات التحكيم التى تكون الأشخاص العامة طرفا فيها، مستندين فى ذلك على الفقرة الأولى من المادة الخامسة والتى حددت مجال تطبيق الاتفاقية «بالأحكام الصادرة فى منازعات ناشئة عن علاقات بين

---

(١) راجع هذا التقرير فى: Rev. Arb., 1981, P. 461 etSS.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Les conflits de lois ......, Op. Cit., P. 459, No. 66.; David (R.), Op. Cit., PP. 249 - 250.

وراجع فى الفقه المصرى، د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ص ٢٢٦ - ٢٢٧. ويرى سيادته أنه لولا هذا الإطلاق لما أقبلت الدول الاشتراكية على الانضمام إلى الاتفاقية، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٢٣٢، بند ١٨١؛ د. ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٢٥٢، ولنفس المؤلف انظر: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المرجع السابق، ص ٤٠.

أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية ....». وقد جاء اصطلاح الأشخاص المعنوية مطلقا من كل قيد، الأمر الذى يفهم منه انطباق أحكام الاتفاقية سواء أكان الشخص الاعتبارى من أشخاص القانون الخاص كالشركات التجارية الخاصة أم من أشخاص القانون العام كالمؤسسات أو الشركات العامة.

وترتيبا على ذلك، ذهب البعض منهم(١) إلى إخضاع أهلية الأشخاص العامة فى إبرام اتفاقات التحكيم، لنص المادة الخامسة (الفقرة الأولى) والتى نصت على الأخذ فى هذا الصدد - على نحو ما رأينا - بالقانون الشخصى. وهذا القانون يكون دائما بالنسبة للدولة هو قانونها الداخلى. وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة قانون الدولة المنشئة لهم. وهذا يعنى أن الاتفاقية قد تركت لكل دولة حرية تقرير ما إذا كانت حكومتها ومؤسساتها العامة والشركات التابعة لها لها أهلية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من عدمه.

ويرفض بعض الفقهاء(٢) الأخذ بهذا النظر مستندين فى ذلك على أن تطبيق الفقرة الأولى من المادة الخامسة يفترض أن قدرة الأشخاص العامة على اللجوء للتحكيم تعد من مسائل الأهلية، فى حين أن هذه القدرة نوع من السلطة والاختصاص، وهذا التكييف معناه أننا أمام مجال من مجالات القانون العام التى تخرج أساسا من دائرة تنازع القوانين. ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بدخول منازعات الاستثمار، أو جانب منها على الأقل، فى نطاق تطبيق الاتفاقية، اذ لا يستقيم اعتبار أنشطة الاستثمار وخاصة ما يتعلق منها باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد ضمن مجالات القانون الخاص.

ونحن من ناحية نؤيد الرأى الأول فيما ذهب إليه، ولا يمكننا

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Les conflits de lois ...... Op. Cit., P. 459, No. 66.; David (R.), Op. Cit., PP. 249 - 250.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 267, No. 463.

(٢) انظر: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم فى مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٥٥ وما بعدها.

التسليم بما قال به الرأى الأخير؛ لأنه يقوم على افتراضين متنازع فيهما: الأول وهو أن قدرة الأشخاص المعنوية العامة فى اللجوء إلى التحكيم ليست من مسائل الأهلية، وإنما هى من مسائل السلطة والاختصاص، وتدخل بالتالى فى مجال القانون العام. والثانى أن كل عقود الاستثمار، وخاصة عقود استغلال الثروات الطبيعية، تعد من عقود القانون العام. فبالنسبة للقول بأن قدرة الأشخاص المعنوية العامة من مسائل السلطة والاختصاص، فسوف نعرض له فيما بعد(١).

أما القول بأن كل عقود الاستثمار، وخاصة عقود استغلال الثروات الطبيعية، تعد من عقود القانون العام، فلا يمكن الأخذ به على إطلاقه، حيث إنه من غير الممكن القول بصفة مطلقة أن كل عقود الاستثمار تعد عقودا إدارية أو من عقود القانون الخاص، وإنما الأمر يتوقف على كل حالة على حده. فإذا توافرت فى العقد الشروط الواجب توافرها فى العقد الادارى كان العقد إداريا، وإذا تخلف شرط أو أكثر من هذه الشروط كان العقد من عقود القانون الخاص، وذلك على نحو ما سنرى عند بحث مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

على أية حال، إذا لم تكن اتفاقية نيويورك قد تناولت صراحة مسألة أهلية الأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم، فإن الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ بشأن التحكيم التجارى الدولى، قد أكدت صراحة على أهلية الأشخاص المعنوية العامة فى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، فقد نصت فى الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن «... الأشخاص المعنوية التى تعتبر وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها، من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة».

وكما هو واضح من النص، فإن الاتفاقية الأوربية قد جاءت بقاعدة موضوعية تلتزم الدول الأعضاء بموجبها بالاعتراف للأشخاص العامة بالقدرة على اللجوء إلى التحكيم والدخول طرفا فى اتفاقات تحكيم صحيحة.

---

(١) انظر فيما بعد، ص ٣٢٦ ومابعدها.

بيد أن الاتفاقية قد حرصت على ألا يكون من شأن تقرير الاعتراف بأهلية الأشخاص العامة لإبرام اتفاقات تحكيم انصراف الدول عن الانضمام إليها. ولذا فقد نصت فى الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه «يجوز لكل دولة عند التوقيع أو التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها أن تقيد من هذه القدرة وفق الشروط المبينة فى إعلانها».

وهكذا أتاحت الاتفاقية للدول الأعضاء بأن تقيد من تطبيق القاعدة الواردة فى الفقرة الأولى، سواء عند توقيعها على الاتفاقية أو عند التصديق عليها أو الانضمام إليها، وذلك بوضع شروط يجب توافرها لكى يكون فى مقدور الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم(١).

على أنه يجب عدم المبالغة فى تقدير قيمة هذا القيد الذى نصت عليه الفقرة الثانية، فمن ناحية يقصد بهذا القيد تنظيم أهلية الأشخاص العامة فى إبرام اتفاقات التحكيم وليس ألغاؤها. فالدولة المتعاقدة لا يجوز لها إلغاء أهلية هؤلاء الأشخاص كلية، بل يمكنها فقط وضع قيود عليها وتنظيمها، بأن تتطلب مثلا ضرورة الحصول على ترخيص بذلك من قبل سلطة أو جهة معينة. ومن ناحية أخرى، فإذا حدث ومارست بعض الدول المتعاقدة هذا الحق الذى قررته الفقرة الثانية، وقامت بوضع تنظيم لأهلية الأشخاص العامة، فإن هذا التنظيم سوف يكون معلوما جيدا للمتعاقدين الأجانب وذلك لكونه غير وارد فى قانون داخلى، وإنما فى إعلان واضح مودع لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة، بوصفها الجهة التى تودع لديها الأدوات القانونية التى

---

(١) راجع:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 104, No. 179.; Goldman (B.), les conflits de lois ..... Op. Cit., P. 460.

وأيضا د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ص ١٢٦ - ١٢٧، بند ١٢٨؛ د. ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٠١؛ د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم .... المرجع السابق، ص ٦٢ ومابعدها.

يتم بها التصديق على الاتفاقيات، أو الانضمام إليها، ومعلوم لدى الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية والتى لن يفوتها أن تعلن به رعاياها(١). الأمر الذى يحول دون الإخلال بتوقعات الأشخاص الخاصة وما عولوا عليه من ركائز قانونية عند إبرامهم اتفاقات تحكيم مع هذه الدول أو الأشخاص العامة التابعة لها(٢).

ومن ناحية ثالثة، فإن الدول لا تملك إجراء تقييد لقدرتها أو قدرة هيئاتها العامة على الالتجاء للتحكيم فى أى وقت بل إن ذلك يتقيد بضرورة الإعلان عنه عند التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها. ويترتب على ذلك أن الدولة لا تملك الاستناد مثلا إلى تغيير قانونها بما يحرمها من حل منازعاتها بطريق التحكيم لكى تتحلل من التزامها باتفاق تحكيم تكون أبرمته مع الغير طالما أنها لم تعلن عن عدم قدرتها على اللجوء للتحكيم عند إبرام المعاهدة أو الانضمام إليها(٣).

ومن ثم يمكن القول بأن الاتفاقية الأوربية قد أزالت، بموجب القاعدة العامة الموضوعية التى قررتها، المخاطر التى قد تنجم عن تطبيق القانون الشخصى لكل دولة على أهلية التحكيم، والمتمثلة فى التعديل التعسفى من قبل الدولة ذاتها للقواعد التى تحكم هذه الأهلية(٤).

أما بالنسبة لاتفاقية البنك الدولى المبرمة فى واشنطن فى ١٨ مارس لسنة ١٩٦٥، فهذه الاتفاقية معدة أصلا لحسم المنازعات التى قد تنشأ بين الدول أو الأشخاص العامة التابعة لها من ناحية، والأشخاص الخاصة الأجنبية من ناحية أخرى، والتى يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار.

---

(١) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 105, No. 180.

وأيضا، د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم ....، المرجع السابق، ص ص ٦٤ - ٦٥.

(٢) انظر: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحيكم ....، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٣) انظر أستاذنا الدكتور ابراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ١٠١، ١٠٢.

(٤) انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 105, No. 180.

ويتضح ذلك من نص المادة (٢٥) من الاتفاقية. والتى نصت فى فقرتها الأولى على أنه «يشمل اختصاص المركز المنازعات القانونية التى تنشأ بين دولة متعاقدة (أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها) وأحد رعايا الدول الأخرى المتعاقدة والتى يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار وذلك إذا ما اتفق الأطراف كتابة على الخضوع للمركز ....». فكما هو واضح من النص، أن من أوائل الشروط التى يجب توافرها لاختصاص المركز الدولى لتسوية المنازعات هو أن يكون النزاع قد ثار بين دولة متعاقدة (أو أحد أشخاصها العامة التابعة لها) وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية(١).

وفى ضوء ذلك يمكن القول بأن مجرد إبرام هذه الاتفاقية وتصديق الدول عليها والانضمام إليها، يعد فى حد ذاته دليلا على أنه بمقدور الدول والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها اللجوء إلى التحكيم. أى أنه تتوافر لديهم الأهلية لإبرام اتفاقات تحكيم، وذلك لأن القول بأن الدول والأشخاص العامة ليس فى مقدورهم مطلقا الخضوع للتحكيم معناه أن تفقد هذه الاتفاقية سبب وجودها(٢).

ومع ذلك فإن هذه الاتفاقية قد جاءت خالية من أى التزام يفرض

---

(١) راجع فى الشروط الواجب توافرها لاختصاص المركز:
Kahn (Ph.), Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage, colloque juridique international, 1968, PP. 190 - 194.; Delaume (G.R.), Le centre international ......, Op. Cit., PP. 778 - 808.

(٢) انظر فى نفس المعنى David (R.), Op. Cit., PP. 251 - 252.
حيث يرى أن الاتفاقية لا يكون لها أى معنى إلا إذا اعترفنا للأشخاص المعنوية العامة بأهلية الاتفاق على التحكيم. ويرى أيضا أنه من غير المتصور أن إحدى الدول المنضمة إلى اتفاقية البنك الدولى تبرم اتفاقا تلتزم فيه بالخضوع للتحكيم، ثم تدعى بعد ذلك بعدم قدرتها على التحكيم وفقا لقانونها الوطنى.
وراجع أيضا: Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 268.
وراجع فى نفس المعنى أيضا: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٧٢، بند ٣٢.

على الدول المتعاقدة الاعتراف بأهليتها وأهلية الأشخاص العامة التابعة لها على الاتفاق على التحكيم(١).

وبالإضافة إلى ذلك، لقد تركت الاتفاقية الدول الأعضاء أحرارا فى تحديد الأشخاص المعنوية العامة التى يجوز لها اللجوء إلى التحكيم لدى المركز. وكل ما اشترطته هو إخطار المركز بهؤلاء الأشخاص. ولم تتوقف الاتفاقية عند هذا الحد بل تطلبت، لكى يكون فى مقدور الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لدى المركز، إلى جانب رضاء الشخص المعنوى العام على الخضوع لهذا التحكيم، موافقة وتصديق الدولة التى يتبعها الشخص المعنوى العام على ذلك، مالم تخطر الدولة المركز بأن هذا القبول من جانبها ليس ضروريا(٢).

ويتضح ذلك من نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٥) من الاتفاقية، والتى نصت على أنه «إن رضاء الهيئة العامة أو المؤسسة التابعة لدولة متعاقدة يجب التصديق عليه من هذه الدولة، مالم تخطر هذه الدولة المركز بأن هذه الموافقة ليست ضرورية».

وفى ضوء ذلك، يجب على الشركة الخاصة الأجنبية - كما هو الحال بالنسبة للشركات العاملة فى مجال البترول - عندما تتعاقد مع أحد الأشخاص العامة (الهيئة المصرية العامة للبترول أو الشركة الوطنية الإيرانية للبترول أو المؤسسة العامة السعودية بترومين) أن تتأكد من أن هذا الشخص

---

(١) راجع فى نفس المعنى: Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 268.
وقد رتب على ذلك نتيجة مؤداها خضوع أهلية الدول للتحكيم لقوانينها الداخلية.

(٢) راجع فى نفس المعنى:
Delaume (G.R.), le centre international ..., Op. Cit., P. 795.; le CIRDI et l'immunté des États, Rev. Arb., 1983, P. 153.
وأيضا: Vergopoulos - Michaïl (A.), Op. Cit., P. 60 etSS.
وراجع أيضا: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٧٢ - ٧٤.

العام من بين قائمة الأشخاص التى أخطر بها المركز الدولى من قبل الدول التابعين لها، وأن تتأكد من أن موافقة هذا الشخص على اللجوء إلى التحكيم قد تم التصديق عليها من قبل الدولة التابع لها أو أن هذه الدولة قد أخطرت المركز بعدم ضرورة هذا التصديق من جانبها(١).

ويمكن أن نخلص من استعراض موقف الاتفاقيات الدولية من مسألة أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة فى الاتفاق على التحكيم إلى ما يأتى:

١ - على الرغم من أن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ لم تتضمن أى نص يتعلق بأهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى الاتفاق على التحكيم، إلا أن الفقه الراجح - فى نظرنا - يرى أن نطاق تطبيق الاتفاقية يتسع ليشمل اتفاقات التحكيم المبرمة بواسطة الدولة والأشخاص العامة، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقات التحكيم فى عقود البترول. حيث أن الاتفاقية لم تضع قيودا بالنسبة للأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا فى اتفاق التحكيم الخاضع لأحكامها(٢). وترتيبا على ذلك تخضع أهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها للقانون الشخصى (المادة ١/٥). وهذا القانون بالنسبة للدولة هو قانونها الداخلى، وبالنسبة للأشخاص العامة هو قانون الدولة التابعين لها.

٢ - إن الاتفاقية الأوربية بعد أن اعترفت من حيث المبدأ بأهلية الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم (المادة ١/٢). إلا أنها

---

(١) انظر فى نفس المعنى:
Delaume (G.R.), Le centre international ..... Op. Cit., P. 795.

(٢) وقد أوضحت الأعمال التحضيرية أن مؤتمر الأمم المتحدة الذى أعد الاتفاقية حرص على تأكيد أمرا واحدا، ألا وهو استبعاد أية قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا فى اتفاق التحكيم الخاضع لقواعد الاتفاقية. ذلك أن كل الأشخاص الطبيعيين أيا كانت جنسيتهم أو كان توطنهم يجوز لهم الاتفاق على التحكيم، وبالمثل فإن جميع الأشخاص المعنوية يمكنها الدخول فى اتفاقات تحكيم خاضع للاتفاقية سواء أكانوا من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام. راجع: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ص ٢٢٠ - ٢٢١، بند ١٧٨.

أجازت للدول الأعضاء أن تقيد من هذه الأهلية وذلك وفقا للشروط المبينة في إعلانها. ومن ثم فإن على الطرف الخاص الأجنبي أن يتأكد من أهلية الطرف العام المتعاقد معه في الاتفاق على التحكيم، وما إذا كانت توجد قيود عليها وذلك إما بالاطلاع على إعلان الدولة التابع لها هذا الشخص العام والمودع لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة، أو على قوانين هذه الدولة ذاتها.

٣ - إن اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والمبرمة في واشنطن في ١٨ مارس ١٩٦٥ لم تضع قاعدة موضوعية تلتزم الدول الأعضاء بمقتضاها بالاعتراف بأهليتها والأشخاص العامة التابعة لها في الاتفاق على التحكيم، بل لقد تركت للدول الأعضاء ذاتها مهمة تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي وإخطار المركز بهم (المادة ١/٢٥). وبالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقية لم تكتف بموافقة الشخص العام وقبوله الخضوع للتحكيم لدى المركز، بل أوجبت إلى جانب ذلك تصديق الدولة التابع لها هذا الشخص، وذلك مالم تخطر هذه الدولة المركز بأن التصديق من جانبها غير ضروري (المادة ٢/٢٥).

٤ - إن الاتفاقيات الدولية لم تتعرض للفرض الذي تبرم فيه إحدى الدول (أو إحدى شركاتها العامة) عقدا مع إحدى الشركات الأجنبية الخاصة وتتفق فيه على إخضاع المنازعات التي تثور بينهما للتحكيم (كما هو الحال عندما تبرم إحدى الدول المنتجة للبترول عقدا بتروليا مع إحدى الشركات الأجنبية وتتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم)، ثم تأتي الدولة بعد ذلك وتتمسك بعدم صحة اتفاق التحكيم إستنادا إلى إنعدام أهليتها لإبرام هذا الإتفاق، وذلك لأن قانونها الوطني يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم. وكذلك الفرض الذي تقوم فيه الدولة المتعاقدة بتعديل قانونها الوطني من أجل التخلص من الالتزام باللجوء إلى التحكيم الذي سبق وأن ارتضته. وهو ما سنحاول إيجاد الحلول المناسبة له من خلال استعراضنا لموقف الفقه والقضاء الوطني، وأحكام التحكيم وذلك في ثنايا الصفحات التالية.

ثالثا: موقف الفقه:

يكاد يجمع الفقه على أن القانون واجب التطبيق على قدرة الدولة والأشخاص العامة على الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم هو القانون الداخلى للدولة ذاتها أو قانون الدولة التابع لها الشخص المعنوى العام، بيد أنهم قد اختلفوا بشأن تكييف مسألة قدرة الدولة والأشخاص العامة على الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم(١).

فقد ذهب جانب من الفقه(٢) إلى القول: بأن قدرة الدولة والأشخاص المعنوية العامة ليست من مسائل الأهلية وإنما من مسائل الاختصاص، بمعنى أن المقصود هو تحديد الهيئات التى لها الاختصاص بإبرام اتفاقات التحكيم وإلزام الدولة بها. وبناء عليه ذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن القانون الوحيد الذى ينظم هذا الاختصاص هو القانون الداخلى لهذه الدولة. وأيدوا وجهة نظرهم بأن القانون الدولى يحيل فى شأن تحديد الأعضاء المختصين بالتوقيع أو التصديق على المعاهدات إلى القانون الداخلى، ومن ثم فإن مسألة معرفة الأعضاء الذين لهم الاختصاص بالتوقيع باسم الدولة على اتفاقات التحكيم والزام الدولة بها تخضع قصرا للقانون الداخلى لهذه الدولة.

ويترتب على ذلك - وفقا لهذا الرأى - أنه لو تم التوقيع على اتفاق التحكيم من جانب سلطة ليس لها اختصاص فى هذا الشأن وفقا للقانون الداخلى للدولة أو الشخص المعنوى العام، فإنه يجب اعتبار هذا الاتفاق باطلا، وذلك حتى ولو اتفق الأطراف على استبعاد تطبيق هذا القانون على علاقاتهم القانونية وعلى اتفاقهم التحكيمى. وبالتالى يجوز للدولة أو الشخص العام الاحتجاج فى مواجهة الشخص الخاص الأجنبى بحظر التحكيم المنصوص عليه فى قانونها الداخلى.

---

(١) راجع فى نفس المعنى:

Lalive (P.), L'influence des clauses arbitrales, R.B.D.I., 1975, P. 573.

(٢) راجع: Vedel: Op. Cit., PP. 124 - 126.

وفى نفس الاتجاه، د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم .....، المرجع السابق، ص ٤٤.

وقد تولى أصحاب هذا الرأى الرد على الحجة المتمثلة فى الوضع اللاأخلاقى L'immoralité de la situation والذى ينشأ عندما تدفع الدولة ببطلان اتفاق التحكيم الذى سبق وأن وقعت عليه، وذلك بالقول بأن الدولة تكون بالطبع مسئولة عن إصلاح الخطأ الذى ارتكبه موظفوها فى جعل الغير يعتقد بحسن نية فى صحة التزاماتها. فمن المسلم به، فى القانون الداخلى الفرنسى، أن الدولة ملزمة بإصلاح الخطأ الذى يرتكبه موظفوها بإبرام عقود ليس لهم الاختصاص بإبرامها قانونا. ففى هذه الحالة رغم أن العقد ليس صحيحا إلا أنه تثور المسئولية التقصيرية La responsabilité extra-contractuelle للدولة. نفس الشىء فإن الدولة ملزمة تجاه الشخص الخاص الأجنبى بتعويضه عن الأضرار التى لحقت به من جراء الخطأ المرتكب من قبل أجهزتها فى حمل الغير على الاعتقاد بحسن نية أن لهم السلطة فى إبرام اتفاق التحكيم.

خلاصة هذا الرأى: أن صحة اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها مع شخص خاص أجنبى تعتمد فى المقام الأول على معرفة ما إذا كان الموظف الذى أبرم اتفاق التحكيم كان له القدرة على ذلك وفقا للقانون الداخلى لهذه الدولة. ونتيجة لذلك يمكن الاحتجاج بالقيود المفروضة على قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى اللجوء إلى التحكيم من القانون الداخلى فى مواجهة الطرف الآخر. هذا مع مراعاة المسئولية المحتملة للدولة أو الشخص العام بسبب الخطأ الذى ارتكبه الموظفون فى حمل الغير على الاعتقاد باختصاصهم.

ونحن وإن كنا نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه فى أن القانون الداخلى هو الواجب التطبيق على قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى اللجوء إلى التحكيم. إلا أننا نختلف معهم فى النقطتين الآتيتين:

النقطة الأولى: وهى تكييف قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها على أنها من مسائل السلطة والاختصاص. وذلك لأن سلطة التحكيم معناها أن تتوافر لدى الشخص، الذى يوقع على اتفاق التحكيم الصفة القانونية فى

تمثيل الطرف الأصيل فى هذا الاتفاق والتوقيع نيابة عنه(١). فى حين أن أهلية التحكيم معناها قدرة الشخص نفسه (الطرف فى اتفاق التحكيم). على إبرام مثل هذا الاتفاق والدخول طرفا فيه.

ولتوضيح ذلك نقول أن سلطة التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص المعنوية العامة تعنى أن يكون للموظف الذى تولى التوقيع على اتفاق التحكيم باسم الدولة ولحسابها السلطة والاختصاص قانونا فى ذلك. فى حين أن أهلية التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص العامة تعنى قدرة هؤلاء أنفسهم على اللجوء إلى التحكيم والدخول طرفا فى اتفاق التحكيم. والحديث عن سلطة التحكيم يفترض أن الطرف الأصيل (الدولة أو الأشخاص العامة) فى اتفاق التحكيم له أهلية التحكيم، ويحق له أن يكون طرفا فى اتفاق التحكيم(٢). ومن ثم يمكن القول بأن الحديث عن سلطة التحكيم لا يأتى إلا بعد التأكد أولا من توافر أهلية التحكيم لدى الطرف الأصيل فى هذا الاتفاق.

وفى ضوء ذلك، فإننى أرى أن فى القول بأن قدرة الدولة والأشخاص العامة على اللجوء إلى التحكيم من مسائل السلطة والاختصاص فيه مصادرة على المطلوب، لأن الفرض أننا نبحث فى مدى قدرة الأشخاص العامة على اللجوء إلى التحكيم والدخول طرفا فى اتفاق التحكيم، ولا نبحث عمن تكون له السلطة والاختصاص فى تمثيل الدولة والأشخاص العامة فى إبرام اتفاق التحكيم.

---

(١) راجع فى سلطة التحكيم:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 83 - 85.; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 87, No. 151 et. P. 89 - 90, No. 157 - 160.; David (R.), Op. Cit., PP. 247 - 248, No. 194.; Boisseson (M.), le droit Français ......, Op. Cit., P. 499, N° 584.

وانظر فى الفقه المصرى، د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٢٢ ومابعدها، بند ٤٥ ومابعده؛ د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ٢٢٠، بند ١٧٨، ص ٢٢٤، بند ١٨٢.

(٢) انظر، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٢٢٤، بند ١٨٢.

فإذا ما تم التأكد من قدرة الدولة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم أى من أهليتهم، فإن البحث يجرى فيما بعد عما إذا كان الموظف الذى تولى التوقيع على اتفاق التحكيم نيابة عن الدولة وباسمها له السلطة والاختصاص فى ذلك، أى التأكد من سلطته واختصاصه فى إبرام اتفاق التحكيم. وإذا ما ثبت عدم قدرة الدولة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم أى عدم توافر أهليتهم فى ذلك فلن يثور البحث عما إذا كان الموظف له سلطة التحكيم من عدمه، وذلك لعدم توافر أهلية هؤلاء فى الاتفاق على التحكيم من أساسه(١).

والنقطة الثانية: هى إمكانية الدولة والأشخاص العامة فى التمسك بالقيود المفروضة من القانون الداخلى على قدرتها فى اللجوء إلى التحكيم، وبالتالى اعتبار اتفاق التحكيم باطلا. هذا مع مراعاة مسئولية الدولة أو الشخص العام عن الخطأ الذى ارتكبه ممثلوها فى حمل الطرف الآخر على الاعتقاد بحسن نية أن لهم الاختصاص بإبرام اتفاق التحكيم. فنحن نرى أنه من غير المقبول أن تقدم الدولة أو الشخص التابع لها على إبرام اتفاق تحكيم، ثم تأتى فى مرحلة لاحقة وتتمسك ببطلانه بسبب انعدام أو نقص أهليتها فى إبرام مثل هذا الاتفاق بالاستناد على أن قانونها الوطنى يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم أو يفرض قيودا على أهليتها فى إبرام اتفاق التحكيم. إن الدولة لها كامل الحرية عند التعاقد فى أن تقبل أو ترفض الاتفاق على التحكيم، كما أنه يجب عليها عند ابرامها لهذا الاتفاق، مراعاة الشروط والأوضاع التى ينص عليها قانونها الداخلى، فإن هى خالفتها فلا يجوز لها التمسك بها لابطال اتفاق التحكيم.

---

(١) ولذلك لا يكفى لصحة اتفاقات التحكيم المبرمة بواسطة الدولة والأشخاص المعنوية العامة، أن تتوافر لديهم أهلية التحكيم، بل يجب إلى جانب ذلك، أن يتم ابرام اتفاق التحكيم من قبل الموظفين الذين لهم السلطة والاختصاص بذلك قانونا، أى السلطة والاختصاص بالتوقيع باسم الدولة أو الشخص العام ولحسابه. وتتحدد سلطة واختصاص الممثل القانونى للدولة وفقا لقانونها الداخلى، وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة وفقا لقانون الدولة التى ينتمون إليها. ويلاحظ أن هذه المسألة (سلطة التحكيم) لا تثور فقط بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، بل أيضا بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات. راجع فى ذلك:

David (R.), Op. Cit., P. 347.

إن القول بغير ذلك معناه من ناحية مكافأة الدولة (أو الشخص العام) على مخالفتها لقانونها الوطنى، ومن ناحية أخرى الإضرار بالمتعاقد الآخر حسن النية والذى ربما ما كان ليقبل التعاقد من أصله لو كان يعلم بانعدام أو نقص أهلية الدولة أو الشخص العام فى الاتفاق على التحكيم.

كما أن القول بأن قبول الدولة أو الشخص العام لشرط التحكيم رغم عدم قدرته على ذلك، يعتبر خطأ يرتب مسئوليتها ويلزمها بتعويض الضرر الذى أصاب المتعاقد الآخر لا يقدم حلا كافيا، وذلك لأن التعويض عن الضرر سوف يكون عن الضرر الناتج عن إبرام اتفاق تحكيم باطل ولن يشمل التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ هذا الاتفاق. هذا بالإضافة إلى أن التعويض عن هذا الضرر يصبح من المتعذر تحقيقه، وذلك لأن مفاد اعتبار اتفاق التحكيم باطلا، يعنى عدم اختصاص المحكمين، ومن ثم لا يكون المحكمون ذا صفة للحكم على الدولة أو الشخص العام بالتعويض عن الضرر الذى أصاب المتعاقد الآخر من جراء إبرام اتفاق تحكيم باطل(١).

وفى ضوء ما تقدم، فإننا نرى مع الرأى الراجح - فى نظرنا - فى الفقه(٢) أن قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى الاتفاق على

---

(١) راجع فى نفس المعنى:

Mayer (P.), La Neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État, clunet, 1986, P. 57, No. 73 - 74.

(٢) راجع على وجه الخصوص:

Motulsky (H.), L'internationalisation du droit Français de l'arbitrage, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Op. Cit., P. 322; Rev. Arb., 1963, P. 113.

وراجع أيضا:

Loussouarn (Y.), L'État commerçant et la compétence juridictionnelle internationale, Mélanges offerts à kollewijn et offerhaus, 1962, PP. 322 - 323.; Mayer (P.), La Neutralisation du pouvoir ....., Op. Cit., P. 53, No. 69.; Audit (B.), L'arbitrage transnational et les contrats -

التحكيم تعد من مسائل الأهلية. ومن المسلم به، وفقا للاتجاه السائد، خضوع الأهلية للقانون الشخصي. ولكن السؤال الذى يثور هو ماذا يقصد بالقانون الشخصي للدولة والأشخاص المعنوية العامة؟

بالنسبة للدولة، لا تثور مشكلة تحديد المقصود بالقانون الشخصي واجب التطبيق؛ لأن هذا القانون هو دائما قانونها الداخلي. وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، فالقانون الشخصي هو قانون الدولة التابعين لها؛ وذلك لأن الشخص المعنوى العام لا يحوز فقط جنسية هذه الدولة، وإنما يعد أحد الأجهزة المنبثقة عن الدولة، فالدولة هى التى تتولى إنشاءه وتساهم فى رأسماله بجزء من أموالها، وتمارس رقابة على أنشطته. إذن يكون من الطبيعي أن قانون هذه الدولة هو الذى يحكم هذا الشخص العام ويحدد أهليته(١). وبالإضافة إلى هذا، فإن الأخذ بأى من المعيارين الذين يتحدد بهما القانون الشخصي للأشخاص المعنوية وهما: معيار محل التأسيس ومعيار مركز الإدارة سيفضى حتما إلى تطبيق هذا القانون، وذلك لأن محل

- d'État: Bilan et perspectives, Academie de droit international de la Haye, centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, 1987. P. 38 etS.

(١) راجع فى ذلك:

Riad (F.), L'entreprise publique et semi - publique en droit international privé, recueil des cours, 1963, P. 631.; Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-3, No. 9.; Mayer (P.), La neutralisation du pouvoir ....., Op. Cit., PP. 53 - 54, No. 69.; Lalive (P.), Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev. Arb., 1986, P. 344, No. 39.; L'influence des clauses arbitrales Op. Cit., P. 573.; Audit (B.), Op. Cit., PP. 39 - 40.; Foussard (D.), L'arbitrage en droit administratif, Rev. Arb., 1990, P. 11.

وأيضا: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ١٠٠ - ١٠١.

تأسيس الشخص المعنوى العام لا يكون إلا فى الدولة التابع لها، فمن غير المتصور أن تنشىء الدولة شخصا عاما على إقليم دولة أخرى.

وكذلك الأمر بالنسبة لمقر أو مركز إدارة الشخص العام، فلا يمكن أن يوجد أى منهما إلا على اقليم الدولة التى أنشأته وتراقب نشاطه. وبهذا فإن القانون الشخصى للشخص العام لا يكون سوى قانون الدولة التابع لها(١).

ولكن تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة أو الأشخاص العامة التابعة لها على أهليتها فى إبرام اتفاق التحكيم، قد يعرض المتعاقد الآخر لبعض المخاطر. فالدولة التى يحظر عليها قانونها الداخلى اللجوء إلى التحكيم يمكنها التمسك بهذا الحظر من أجل التخلص من اتفاق التحكيم الذى سبق وأن أبرمته(٢). هذا بالإضافة إلى أز هذا الحل يعلق صحة اتفاق التحكيم على مضمون القانون الداخلى السارى وقت توقيع الدولة أو الشخص العام على اتفاق التحكيم. والدولة بامكانها تعديل قانونها فى وقت لاحق، وبالتالى فإن من شأن تطبيق القانون الداخلى أن يمكن الدولة بأن تتنازل بإرادتها المنفردة عن التزامها باللجوء إلى التحكيم(٣).

ومن أجل تفادى النتائج غير المقبولة التى يمكن أن تترتب على تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة أو الأشخاص العامة التابعة لها، قدم الفقه اقتراحات متعددة.

فقد أثير التساؤل بداءة حول إمكانية إسناد أهلية الدولة المتعاقدة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم، إلى القانون واجب التطبيق على العقد، أى قانون الإرادة المستقلة أو القانون الاحتياطى له، وذلك على غرار

---

(١) انظر:
Riad (F.), L'entreprise publique ...... Op. Cit., P. 631.

(٢) انظر:
Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-cl, dr. int., Fasc. 586-3, No. 9.

(١) انظر: Mezghani (A.), Op. Cit., P. 575.

ما قضت به بعض الأحكام القضائية الفرنسية قبل حكم Galakis. ولكن هذا الحل قد تعرض لانتقادات شديدة من قبل الفقه الفرنسي على نحو ما سنرى عند بيان موقف القضاء الفرنسي.

ويكفي هنا القول بأنه من غير المنطقي خضوع أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم إلى قانون دولة أجنبية، فهذا الأخير لا يتناول بالتنظيم سوى أهلية الدولة الصادر عنها، ولا يتعرض لأهلية الدول الأخرى والأشخاص العامة التابعة لها. كما أن إسناد أهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها للتحكيم إلى القانون الذي يحكم العقد الأصلي قد يؤدي إلى إختلاف في الحلول حسب مضمون هذا القانون وما إذا كان يعترف أم لا للدولة والأشخاص العامة بأهلية الاتفاق على التحكيم. ومن ثم فإن الدولة الواحدة قد تكون أو لا تكون ملزمة باتفاق التحكيم حسب ما إذا كان القانون الذي يحكم العقد يجيز أو لا يجيز للدولة وللأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم(١). وبناء على ذلك، يستبعد الفقه إمكانية تطبيق القانون واجب التطبيق على العقد على أهلية الدولة والأشخاص العامة للتحكيم.

وقد ذهب رأي في الفقه(٢) إلى الأخذ، في مجال أهلية الدولة

---

(١) انظر في ذلك:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-3, No. 10.

ويمكن أن نذكر في هذا الاتجاه:

Mayer (P.), La Neutralisation du Pouvoir ....., Op. Cit., P. 53, No. 69.; Foussard (D.), Op. Cit., P. 11.; Mezghani (A.), Op. Cit., P. 575.; Audit (B.), Op. Cit., P. 39.

وراجع في الفقه المصري: د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٢٨ ومابعدها، بند ١٨ - ١٩.

(٢) انظر:

Motulsky (H.), La capacité de l'État Français de compromettre en matière international, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Op. Cit., P. 368.

ويمكن أن نذكر في نفس المعنى:

Lalive (P.), L'influence des clauses arbitrales, Op. Cit., P. 573.

والأشخاص العامة للتحكيم، بقضاء ليزاردى والذى مفاده عدم الاعتداد بنقص الأهلية المقرر فى القانون الشخصى واجب التطبيق على أهلية أحد الأطراف، مادام أن الطرف الآخر كان حسن النية، وكان معذورا فى جهله بنقص أهلية الشخص المتعاقد معه. وبناء عليه، فإذا كان قانون الدولة المتعاقدة أو الشخص العام التابع لها، يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجب عدم الاعتداد بهذا الحظر، حماية للطرف الأجنبى المتعاقد معها حسن النية، والذى اعتقد بمجرد توقيع الممثل القانونى للدولة أو الشخص العام على اتفاق التحكيم، بأن للدولة المتعاقدة أو الشخص العام المتعاقد الأهلية لإبرام مثل هذا الاتفاق وفقا لقانونها الوطنى.

ولكن هذا الرأى كان محلا للنقد. فمن ناحية من المعروف أنه يشترط لتطبيق قضاء ليزاردى أن يكون الشخص المتعاقد ناقص الأهلية وفقا لقانونه الشخصى، كامل الأهلية وفقا لقانون القاضى. فإذا كانت المشكلة معروضة على قاض أجنبى، فهل من المعقول أن يحكم قانون دولته أهلية دولة أخرى أو شخص عام ليس تابعا لها(١). أما إذا ثارت المشكلة أمام المحكم، فإن هذا الحل يتعذر الأخذ به، لأن المحكم ليس له كالقاضى الوطنى ما يعرف بقانون القاضى Lex fori. ومن ناحية أخرى فإنه من الصعب التمسك بحسن نية الطرف الآخر، وذلك لأن هذا الأخير، غالبا ما يكون من الشركات الكبرى، لا يقدم على إبرام عقود مع الدولة والأشخاص العامة إلا بعد دراسة متأنية، من قبل مستشاريه، لقوانين هذه الدولة(٢).

وقد ذهب رأى ثان(٢) إلى أنه، من أجل علاج الصعوبات الناجمة

---

(١) فى نفس المعنى راجع:

Mayer (P.), La Neutralisation du Pouvoir... Op. Cit., P. 56, No. 72.

(٢) فى نفس المعنى راجع: عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم .... المرجع السابق، ص ٤٦، بند ٢٢.

(٢) انظر: El-Gohary (M.), Op. Cit., P. 168. No. 180.

عن عدم صلاحية الدولة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم فى مجال العقود الدولية. يجب الرجوع إلى مصدر هذه الصعوبات. إن هذه الصعوبات تكمن فى عدم كفاية القواعد القانونية الداخلية سواء الموضوعية أو قواعد الاسناد. وأن استقلال التحكيم التجارى الدولى عن القواعد الوطنية التى تبدو غير كافية وصياغة نظام قانونى دولى مستقل قادر على أن يحكم العقود الدولية والتحكيم فى هذا المجال، وخضوع كل منهم لعادات التجارة الدولية. يبدو أنه الحل المناسب للصعوبات الناجمة عن عدم صلاحية الدولة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم.

ويقترب من هذا الرأى ذلك الذى يرى استبعاد تنازع القوانين فى هذا الصدد. وأن الحل الوحيد هو أن نطبق على صلاحية الدولة والأشخاص العامة فى اللجوء إلى التحكيم، قاعدة موضوعية موحدة، ومستقلة عن قانون الدولة المعنية وعن القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم، تقرر أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم فى العقود ذات الطابع الدولى(١).

ولكن السؤال الذى يمكن أن يثور هو هل توجد هذه القاعدة فعلا؟

لقد أكد جانب من الفقهاء(٢) على وجود قاعدة عرفية من قواعد

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-3, No. 11.; Loussouarn (Y.), L'État commerçant et ... Op. Cit., P. 323.

(٢) انظر:

Derains (Y.), Le statut des usages ...... Op. Cit., P. 144 etSS.; Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 856-3, No. 18.; La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, clunet, 1979, P. 498, No. 40.

وفى نفس الاتجاه انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 101, No. 175.; Audit (B.), .. . Op. Cit., P. 40.; Lalive (P.), -

قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria مقتضاها الاعتراف للدولة والأشخاص العامة بالقدرة على الاتفاق على التحكيم. وإن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام الدولى، بحيث أنه لا يجوز للدولة والأشخاص العامة الاحتجاج بالحظر المنصوص عليه فى قانونها الداخلى أو بالقيود المفروضة على أهليتها فى اللجوء إلى التحكيم.

ويرى هؤلاء أن هذا الاتجاه هو السائد لدى المحكمين، حيث أنهم - أى المحكمين - يعتبرون هذه القاعدة من النظام العام الدولى ويتمسكون بها، دون حاجة إلى الاستناد إلى قانون وطنى أو اتفاقية دولية تجيز لهم ذلك، من أجل استبعاد النصوص المخالفة فى القانون الذى يرون أنه واجب التطبيق من حيث المبدأ.

وقد برر البعض منهم(١) رفض المحكمين للحظر أو القيود المفروضة على أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم المنصوص عليها فى القانون واجب التطبيق، على أساس باعث ذى طبيعة مزدوجة. فمن ناحية أن هناك سبب أخلاقى Une Raison Morale يمنع الدولة أو الشخص العام بعد توقيعه على اتفاق التحكيم من التمسك بانعدام أو نقص أهليته المقرر فى القانون الوطنى واجب التطبيق عليه. ومن ناحية ثانية، فإن تمسك الدولة أو الشخص بانعدام أو نقص أهليته، وفقا للقانون الوطنى، من شأنه أن يهدم الثقة اللازمة فى التعامل التجارى الدولى - خصوصا مع الدولة - وبالتالى الاضرار بالمصالح العامة للدولة ذاتها باعتبارها القائم بعمليات التجارة الدولية.

- ordre public transnational ...., Op. Cit., P. 344, No. 39.; Reymond (C.), Souveraineté de l'État ..., Op. Cit., P. 534 etSS.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 264 etSS.

(١) انظر:

Lalive (P.), ordre public transnational ......, Op. Cit., P. 344, No. 40.

في المقابل، ذهب بعض الفقهاء(١) إلى التشكيك في وجود هذه القاعدة المدعى بها في قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria. وقد تساءلوا عن الأساس الذي يمكن للمحكم الاستناد عليه لكي يقرر أن الكيفية التي تحددها دولة ما لأجهزتها في ممارسة التجارة الدولية غير مقبولة، ولا يتعين احترامها. ثم أجابوا على هذا التساؤل بالقول أن قانون التجارة الدولية، على فرض وجوده، لا يمكنه التدخل في التنظيم الداخلي للدول، وأنه من الخداع القول بأن المحكم - باعتبار أنه هو الذي ينشيء القاعدة التي يدعى وجودها - يجهل في هذا الصدد سيادة الدولة.

وإلى جانب ذلك، يشكك هؤلاء في وجود قضاء تحكيمي حقيقي في هذا الخصوص. ويرون أن أحكام التحكيم التي إستند إليها أنصار هذا الاتجاه لم تتضمن أي إشارة إلى النظام العام أو قانون التجارة الدولية، فيما عدا حكما واحدا يعد فريدا من نوعه، هو الحكم الصادر في القضية ٢٥٢١، من غرفة التجارة الدولية في عام ١٩٧٦.

وذهب هؤلاء(٢) إلى أن منع الدولة أو الشخص العام من التمسك ببطلان اتفاق التحكيم لانعدام أو نقص أهليته لابرام هذا الاتفاق المقرر في القانون الداخلي واجب التطبيق، هو الذي يحمي بفعالية الطرف الخاص الأجنبي، وتمسكوا في هذا الصدد بما يسمى بمبدأ الأستوبل L'estoppel، والذي مفاده ليس من حق أحد الأطراف أن يعارض في قضية معينة موقفا اتخذه في وقت سابق، ووضع فيه الغير ثقته المشروعة(٣).

---

(١) انظر:

Mayer (P.), La Neutralisation du pouvoir ..., Op. Cit., P. 55. No. 71.

(٢) انظر: Ibid, PP. 57 - 58, No. 74 - 75.

(٣) وقد عرف صاحب هذا الرأي مبدأ الاستوبل بأنه:

«Consiste à refuser à une partie le droit de contredire dans un procès une Position qu'elle avait prise antérieurement et dans laquelle les tiers avaient placé leur légitime confiance». Ibid, P. 46.

فعلى سبيل المثال، عندما تبرم إحدى الدول عقداً بترولياً مع إحدى الشركات الأجنبية الخاصة العاملة فى هذا المجال، وتتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم، فإنه لا يجوز لهذه الدولة - بناءً على مبدأ الأستوبل - أن تتمسك فى وقت لاحق ببطلان اتفاق التحكيم الذى قبلته بحجة أن قانونها الداخلى يحظر عليها أو يفرض على أهليتها قيوداً فى الاتفاق على التحكيم، وذلك حماية للشركة الأجنبية التى اعتقدت، بمجرد توقيع الدولة على اتفاق التحكيم، أن لهذه الدولة أهلية اللجوء إلى التحكيم، والتى ربما ما كانت لتقبل التعاقد مع هذه الدولة لو كانت تعلم بانعدام أو نقص أهليتها فى إبرام اتفاق تحكيم.

خلاصة القول أن هناك اتفاقاً بين الفقهاء على أن قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها على الاتفاق على التحكيم فى عقودها المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية تخضع لقانونها الوطنى، وذلك على الرغم من وجود اختلاف بينهم بشأن تكييفها.

كما أن هناك اتفاقاً بينهم على أنه لا يجوز للدولة والأشخاص العامة أن تحتج بانعدام أهليتها أو نقصانها المقرر فى قانونها الوطنى واجب التطبيق من أجل إبطال اتفاق التحكيم الذى سبق أن وافقت عليه، وذلك على الرغم من وجود اختلاف فيما بينهم حول الأسس التى يستندون عليها.

رابعا: موقف القضاء الوطنى:

لقد تعرض القضاء الفرنسى لمشكلة مدى قدرة الدولة والأشخاص المعنوية العامة فى الاتفاق على التحكيم، وقد ثار التساؤل عما إذا كان حظر الدولة والأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم والمنصوص عليه فى المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى يسرى أيضا على المعاملات الدولية الخاصة.

استمر القضاء الفرنسى، فى بادىء الأمر، فى تأكيده على بطلان اتفاق التحكيم الذى يكون أحد أطرافه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية

العامة، وذلك بالاستناد على نص المادتين ٨٢، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى القديم(١).

بيد أن اتجاها حديثا قد ظهر فى القضاء الفرنسى نحو قصر هذا الحظر على العلاقات الداخلية وحدها، وعدم تطبيقه عندما تكون الدولة أو الشخص العام طرفا فى عقد من العقود ذات الطابع الدولى. ولقد سجلت نقطة بداية هذا الاتجاه، محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى قضية Myrtoon Steamship فى ١٠ أبريل لسنة ١٩٥٧(٢)، حيث أكدت المحكمة ولأول مرة أن «حظر الالتجاء إلى التحكيم المفروض على الدولة والأشخاص العامة قاصر على عقود القانون الداخلى، ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولى ... كما أن هذا الحظر ليس من النظام العام الدولى». وبالإضافة إلى ذلك، استندت المحكمة إلى أن «القانون واجب التطبيق على العقد، وهو القانون الإنجليزى، لا يتضمن النص على مثل هذا الحظر». ومن أجل الوصول إلى هذه النتيجة، بدأت المحكمة بالتأكيد على أن العقد موضوع النزاع من العقود ذات الطابع الدولى وذلك لتعلقه بمصالح التجارة الدولية. ومن ثم فإن حظر التحكيم لا يسرى على هذا العقد، لأن هذا

---

(١) راجع فى ذلك:

Motulsky (H.), L'arbitrage commercial et ...., Op. Cit., P. 39.; Zahi (A.), Op. Cit., P. 44.; El-Gohary (M.), Op. Cit., P. 144, No. 106.

وراجع أيضا د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٢) راجع هذا الحكم منشور فى: Clunet 1958, P. 1002, Note. Goldman

وفى التعليق عليه انظر

Motulsky (H.), Écrits, études et notes, ..., Op. Cit., P. 355 etSS.

وراجع أيضا:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial international, Op. Cit., PP. 93 - 101, No. 167 - 175.

وأيضا: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٢٠ - ٢٥.

الحظر وإن كان يتعلق بالنظام العام، فإن المقصود هو النظام العام الداخلى وليس النظام العام بالمفهوم الدولى.

ثم أكدت المحكمة على أن هذا العقد من عقود القانون الخاص وليس من عقود القانون العام. مستندة فى ذلك على أن العقد لا يتعلق بتنفيذ مرفق عام، ولا يتضمن أى شروط إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص. كما أن إدراج شرط التحكيم فى العقد يدل على اتجاه إرادة الأطراف فى وضع عقدهم فى إطار القانون الخاص. وبالتالى يجوز للأطراف إخضاع العقد لقانون أجنبى، ولا يجوز الاحتجاج بأن وجود الدولة الفرنسية طرفا فى العقد من شأنه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسى.

وقدرت المحكمة أن القانون الإنجليزى هو الواجب التطبيق على العقد، مستندة فى ذلك على العديد من الضوابط منها أن العقد قد أبرم فى لندن. وأن العملة هى الجنيه الاسترلينى. كما أن الأطراف قد اتفقوا على إجراء التحكيم فى لندن. وانتهت المحكمة إلى أن شرط التحكيم يعد صحيحا مادام أن القانون واجب التطبيق على العقد، وهو القانون الإنجليزى. لا يتضمن مثل هذا الحظر. وهكذا اعتبرت المحكمة أن قدرة الدولة والأشخاص العامة على اللجوء إلى التحكيم من المسائل التعاقدية. وبالتالى تخضع للقانون واجب التطبيق على العقد.

وقد أكدت محكمة استئناف باريس نفس المبدأ فى حكمها الصادر فى ٢١ فبراير سنة ١٩٦١(١). وذلك بقولها «أن الحظر المفروض على الدولة بعدم اللجوء إلى التحكيم ليس من النظام العام الدولى. وأن العقد موضوع النزاع يعد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى. وبالتالى يجوز للأطراف إخضاعه لقانون أجنبى. وأن القانون واجب التطبيق - وهو القانون الإنجليزى - لا يتضمن مثل هذا الحظر».

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ما قررته محكمة استئناف

(١) انظر هذا الحكم منشور ... 1961 P. ...

باريس - فى حكميها سابقى الذكر - وذلك فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٤ فى قضية سان كارلو "San Carlo"(١). حيث قضت المحكمة بأنه «إذا كان الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة بعدم اللجوء إلى التحكيم بموجب المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى يعتبر من النظام العام الداخلى، فإنه لا يعتبر من النظام العام الدولى ولا يقف عقبة فى أن تخضع المؤسسة العامة، كأى متعاقد آخر، للعقد الذى تبرمه إلى قانون أجنبى يقرر صحة شرط التحكيم، وذلك مادام أن العقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى». ثم أضافت «أن الحظر المفروض على الدولة والمؤسسات العامة بعدم اللجوء إلى التحكيم، إلا فى أحوال خاصة، لا يثير مسألة الأهلية بالمعنى الوارد فى الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المدنى».

وانتهت المحكمة إلى أنه «...... وحيث أن محكمة الاستئناف قد فصلت فقط فيما إذا كان الحظر العام المنصوص عليه بالنسبة للعقود الوطنية يجب أن يطبق أيضا بالنسبة لعقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى المبرمة لحاجات التجارة الدولية وفى الشروط المطابقة لعادات التجارة البحرية، وحيث أن محكمة الاستئناف قد قررت - وبحق - أن هذه المسألة تخضع لقانون العقد وليس للقانون الشخصى للأطراف المتعاقدة، فإن الحكم المطعون فيه لم يخالف النصوص المذكورة وتكون المحكمة قد بررت حكمها».

وهكذا نجد أن محكمة النقض فى هذا الحكم قد تمسكت بنفس الحجج التى سبق وأن تمسكت بها محكمة استئناف باريس، وهى أن الحظر المنصوص عليه فى المادتين ٨٣، ١٠٠ من قانون الإجراءات المدنى لا يعد من النظام العام بالمفهوم الدولى، وأنه قاصر على عقود القانون الداخلى ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة أو الأشخاص العامة طرفا فيها مادام أن العقد من عقود القانون الخاص.

---

(١) انظر هذا الحكم منشور فى: Clunet, 1965, P. 646, Note Goldman

ولكن الجديد فى هذا الحكم أن محكمة النقض قد قررت صراحة أن الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة من اللجوء للتحكيم لا يعد من مسائل الأهلية ومن ثم لا تخضع للقانون الشخصى للأطراف المتعاقدة، وإنما من المسائل التعاقدية وبالتالى تخضع لقانون العقد.

بيد أن الأساس الذى استندت عليه محكمة الاستئناف، ومن بعدها محكمة النقض، كان محلاً لانتقادات عديدة وخصوصا فيما يتعلق بتطبيق القانون الذى يحكم العقد على أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم. فمن ناحية لقد خلط هذا القضاء بين القانون واجب التطبيق على العقد والقانون واجب تطبيقه على اتفاق التحكيم. فوفقا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى، من الجائز إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانونى مختلف عن ذلك الذى يحكم العقد الأصلى. وحتى لو فرض جدلا أن القانون الذى يحكم العقد هو ذاته القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإن هذا القانون لا يحكم أهلية الدولة والأشخاص العامة. لأنه من المسلم به فى القانون الدولى الخاص أن الأهلية تخضع للقانون الشخصى للأطراف المتعاقدة(١).

ومن ناحية أخرى، فإن إسناد أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم إلى القانون واجب التطبيق على العقد يصطدم باعتراضين: أحدهما نظرى ويتمثل فى صعوبة قبول أن تخضع أهلية الدولة ذات السيادة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها لقانون أجنبى. ومن ثم يجب أن تخضع بالضرورة لقانون الدولة نفسها(٢).

---

(١) راجع فى ذلك:

El - Gohary (M.), Op. Cit., PP. 162 - 164, No. 175 - 176.

وفى نفس المعنى انظر:

Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., PP. 95 - 96, No. 170.

(٢) انظر:

Goldmen (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 97.; Loussouarin (Y), et Bredin (J-D.), Op. Cit., P. 96, No. 83.; Vergopoulos - Michaïl (A.), Op. Cit., PP. 73 - 74.; Huys (M.), et Keutgen (G.), Op. Cit., P. 479, No. 684.; Zahi (A.), Op. Cit., P. 60.

وثانيهما عملى ويتمثل فى أن القانون الأجنبى لا يتعرض لأهلية الدول الأخرى فى اللجوء للتحكيم، غير الدولة الصادر عنها. فعلى سبيل المثال لو أن القانون الإنجليزى يقرر صحة شرط التحكيم الموقع من المملكة المتحدة، فإنه لا يمكن أن يفصل فى صحة هذا الشرط عندما توقعه دولة أخرى غير بريطانيا(١).

وأخيرا يمكن القول بأن إخضاع أهلية الدولة والأشخاص العامة للقانون واجب التطبيق على العقد قد يترتب عليه اختلاف فى الحلول حسب مضمون هذا القانون فالدولة الواحدة قد يجوز أو لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم حسب ما إذا كان هذا القانون يجيز أو يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم(٢).

وعلى أية حال، لقد تفادت محكمة النقض هذه الانتقادات، وعدلت من مسارها وذلك فى حكمها الصادر فى ٢ مايو لسنة ١٩٦٦ فى قضية Galakis(٣). فقد قضت المحكمة فى هذا الحكم بأنه «وحيث أن الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة بعدم اللجوء للتحكيم والمنصوص عليه فى المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى لا يثير

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 79.

(٢) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., Dalloz, dr. int., P. 119, No. 80 - 81.; Règles de conflits, ..., Op. Cit., P. 132.; Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-3, No. 10.; El Gohary (M.), Op. Cit., P. 187, No. 196.

(٣) انظر الحكم منشور فى:

Rev. Arb., 1966, P. 99.; Clunet. 1966, P. 648, Note. P. level.

وفى التعليق عليه انظر:

Carabiber (Ch.), Chronique sur un arrêt, Rev. Arb., 1966. P. 93.

مسألة الأهلية بالمعنى الوارد فى المادة الثالثة من القانون المدنى. وأن محكمة الاستئناف قد فصلت فقط فيما إذا كانت هذه القاعدة، المنصوص عليها بالنسبة للعقود الداخلية، يجب أن تطبق أيضا على عقد دولى مبرم لحاجات التجارة الدولية وفى الشروط المطابقة لعاداتها، وأن الحكم المطعون فيه قرر أن الحظر المذكور غير قابل للتطبيق على هذا العقد، وأعلن بالتالى صحة شرط التحكيم الموقع من الشخص المعنوى العام، فإن محكمة الاستئناف تكون قد بررت حكمها».

وكما هو واضح من الحكم، فإن محكمة النقض قد أكدت على أن الحظر المنصوص عليه فى المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية لا يثير مسألة الأهلية، وهو ما سبق أن قررته فى قضية سان كارلو. كما أكدت على أن هذا الحظر قاصر فقط على عقود القانون الداخلى. ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولى المبرمة لحاجات التجارة الدولية وفى الشروط المطابقة لعاداتها والتى تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها، وهو ما سبق أن قررته محكمة الاستئناف وكذلك نفس المحكمة على نحو ما رأينا.

ولكن الجديد فى هذا الحكم، أن المحكمة، فى سبيل تقريرها صحة اتفاق التحكيم الموقع من الدولة والأشخاص العامة، اكتفت بالتأكيد على أن العقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى ويتعلق بالتجارة الدولية، دون أن تستند فى ذلك إلى القانون واجب التطبيق على العقد، أو أى قانون وطنى آخر. وبعبارة أخرى، فإن المحكمة لم تتبع أسلوب تنازع القوانين لتحديد القانون الذى يحكم قدرة الأشخاص العامة على الاتفاق على التحكيم، وإنما لجأت إلى تقرير قاعدة موضوعية مفادها صحة اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة والأشخاص العامة فى معاملاتها الدولية الخاصة(١).

---

(١) انظر فى نفس المعنى:
Bourdin (R.), Op. Cit., P. 19.. Goldman (B.), Règles de conflit, ... Op. Cit., P. 132 - 134.; Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc, 586-3, No. 16.; Dehaussy (J.), Op. Cit., P. 156, -

بيد أنه يعاب على هذا القضاء - فى نظرنا - إصراره على التأكيد بأن هذا الحظر لا يثير مسألة الأهلية. فمن ناحية، إذا لم يكن هذا الحظر يثير مسألة الأهلية، فبماذا يمكن وصف هذا الحظر؟ وهل يمكن اعتباره من المسائل التعاقدية أم من مسائل السلطة والاختصاص؟ هذا ما سكتت محكمة النقض فى الإجابة عليه.

ومن ناحية أخرى، إن محكمة النقض، وقد قررت أن هذا الحظر قاصر على عقود القانون الداخلى ولا يطبق على عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى، فإنها لم تكن بحاجة إلى التأكيد على أن هذا الحظر لا يثير مسألة الأهلية. ولبيان ذلك نقول أن الهدف الذى سعت محكمة النقض إلى تحقيقه من وراء القول بأن هذا الحظر لا يثير مسألة الأهلية هو تقرير صحة اتفاق التحكيم وفعاليته فى هذا المجال، وتفادى النتائج غير المعقولة التى تترتب على خضوع قدرة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى اللجوء إلى التحكيم للقانون الوطنى. إن هذا الهدف يمكن بلوغه بمجرد تقرير أن هذا الحظر قاصر على عقود القانون الداخلى ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها، دون حاجة إلى التأكيد على أن هذا الحظر لا يثير مسألة الأهلية. بل يمكن القول بأن هذا الهدف يمكن تحقيقه حتى مع القول بأن هذا الحظر يثير مسألة الأهلية. لأنه حتى ولو افترضنا أن هذا الحظر يثير مسألة الأهلية، وأن الأهلية تخضع للقانون الشخصى، وهو القانون الفرنسى فى هذه القضية، مع ذلك فإن شرط التحكيم الموقع من الدولة والأشخاص العامة بصدد عقد من العقود ذات الطابع الدولى يفلت من هذا الحظر المنصوص عليه فى القانون الوطنى واجب التطبيق، وذلك لأن هذا الحظر قاصر فقط على

- No. 171.; Robert et Moreau, Op. Cit., P. 5, No. 52.; Zahi (A.), Op. Cit., PP. 61 - 62.; Leducq (X.), Op. Cit., PP. 381 - 382, No. 369.

وانظر أيضا: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٢٢ ومابعدها.

عقود القانون الداخلى ولا يطبق على عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها(١).

ويرى جانب من الفقه(٢) أن هذه القاعدة - التى قررتها محكمة النقض - قاعدة دولية من قواعد قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria، فرضتها وأملتها ضرورات ومصالح التجارة الدولية. كما يرى جانب آخر(٣) أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام الدولى، بحيث أنه يمكن بموجبها استبعاد تطبيق القانون الأجنبى واجب التطبيق الذى يحظر على الدولة الأجنبية أو الأشخاص العامة الأجنبية اللجوء إلى التحكيم.

وقد أخذت محكمة استئناف باريس بوجهة النظر هذه، فى حكمها الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩١(٤) فى القضية التى ثارت بين الشركة الوطنية الإيرانية (المسماة نيوك Nioc) والشركة الدولية البانامية Gatoil. وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن نزاعا ثار بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (شركة عامة) والشركة الدولية البانامية Gatoil، وذلك بمناسبة

---

(١) انظر فى نفس المعنى:
El - Gohary (M.). Op. Cit., PP. 179 - 182, No. 190.

(٢) انظر: El - Gohary (M.), Op.Cit., P. 162, No. 174.
وفى نفس الاتجاه:
Derains (Y.), Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb., 1973, P. 144.; Fouchard (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 101.; Reymond (C.), Souveraineté de l'État, ..., Op. Cit., PP. 531 - 532.

(٣) انظر فى ذلك:
Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc. 586-3, No. 18.

(٤) انظر هذا الحكم منشور فى:
Rev. Arb. 1993, P. 281, etS., Note H. Synvet.

تنفيذ العقود المبرمة بينهما فى عامى ١٩٨٠، ١٩٨١. وقررت الشركة الإيرانية اللجوء إلى التحكيم، وتقدمت بالفعل فى ٢٠ أغسطس سنة ١٩٨٤ بطلب للتحكيم إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، وذلك وفقا لشروط التحكيم الواردة فى العقود المبرمة بينهما. ولكن الشركة Gatoil تمسكت بعدم اختصاص المحكمين لبطلان شرط التحكيم إستنادا إلى أن الشركة الإيرانية لا أهلية لها ولا سلطة فى اللجوء إلى التحكيم، حيث أن المادة ١٣٩ من الدستور الإيرانى تستلزم الحصول على ترخيص بذلك من مجلس الوزراء وتصديق البرلمان الإيرانى على اللجوء إلى التحكيم، وهو مالم تحصل عليه الشركة الإيرانية (نيوك).

بيد أن محكمة التحكيم أصدرت حكما جزئيا - غير فاصل فى الموضوع - فى ١٦ يونيه ١٩٨٩ قررت فيه أن نيوك ليست فى حاجة إلى إذن خاص للالتجاء إلى التحكيم، وطعنت شركة Gatoil فى هذا الحكم بالبطلان مستندة إلى نفس الحجة التى سبق وأن تمسكت بها أمام المحكمين، بينما طالبت الشركة الايرانية برفض الطعن مستندة بصفة أساسية على مبدأ استقلال شرط التحكيم، الذى يؤكد صحة هذا الشرط بالنسبة للشخص المعنوى.

ولما عرض الأمر على محكمة استئناف باريس قضت برفض الطعن المقدم من الشركة Gatoil، وأكدت على صحة شرط التحكيم الموقع من الشركة الايرانية (نيوك). واستندت المحكمة فى ذلك إلى مايلى:

١ - إن مبدأ استقلال شرط التحكيم فى المعاملات الدولية ذو تطبيق عام وشامل، وأنه يعد قاعدة موضوعية دولية تقرر صحة اتفاق التحكيم، وذلك استقلالا عن الاستناد إلى أى قانون وطنى. وبناء عليه فإن تقرير صحة اتفاق التحكيم يتم فقط بالنظر إلى مقتضيات النظام العام الدولى.

٢ - إن العقود موضوع النزاع عقودا دولية مبرمة لحاجات التجارة الدولية وفى الشروط المطابقة لعاداتها. ومن ثم يكون اتفاق التحكيم مطابقا للنظام العام الدولى.

٣ - إن النظام العام الدولى يحظر على الشركة الإيرانية (نيوك) الإحتجاج بالنصوص المقيدة فى قانونها الوطنى للتخلص من التحكيم الذى سبق وأن ارتضته. ومن باب أولى فإنه لا يجوز للشركة Gatoil المنازعة فى أهلية وسلطات الشركة الإيرانية (نيوك) بالاستناد إلى نصوص القانون الإيرانى، وذلك لأن النظام العام الدولى ليس هو المقصود بما يفرضه القانون من قيود فى النظام الداخلى.

ويمكننا أن نبدى على هذا الحكم الملحوظتين الآتيتين:

أ - إن هذا الحكم قد أعطى لمبدأ استقلال شرط التحكيم فى المعاملات الدولية مفهوما جديدا. فليس المقصود به هنا استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى وعدم تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من انعدام صحة أو بطلان، أو استقلاله تجاه كل قانون وطنى على النحو الذى سبق وأخذ به القضاء الفرنسى، وإنما أصبح قاعدة موضوعية دولية تقرر صحة اتفاق التحكيم فى المعاملات الدولية التى تكون الدولة والأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها.

ب - إن الحكم لم يستند فى معرض تأكيده على صحة شرط التحكيم على أن القيد المنصوص عليه فى القانون الإيرانى لا يثير مسألة الأهلية، كما فعلت ذلك محكمة النقض فى قضية Galakis، بل على العكس يبدو أن محكمة الاستئناف قد اعترفت ضمنيا بأن قدرة الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم تعد من مسائل الأهلية، وذلك عندما قررت «أن الشركة Gatoil لا يجوز لها تأسيس منازعتها فى أهلية وسلطات الشركة الإيرانية (نيوك) على نصوص القانون الإيرانى ...».

الخلاصة: أن القضاء الفرنسى قد استقر على أن الحظر المفروض

على الدولة والأشخاص المعنوية العامة بعدم اللجوء للتحكيم - والمنصوص عليه في القانون الفرنسي - قاصر على عقود القانون الداخلي ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولي التي تكون الدولة والأشخاص العامة الفرنسية طرفا فيها.

وقد لجأ القضاء الفرنسي، في سبيل ذلك، إلى تقرير قاعدة موضوعية مفادها صحة اتفاق التحكيم المبرم بواسطة الدولة والأشخاص العامة في معاملاتها الدولية الخاصة. ولقد اعتبر الفقه والقضاء الفرنسي هذه القاعدة قاعدة موضوعية دولية من قواعد التجارة الدولية، وأنها من النظام العام الدولي بحيث أنه لا يجوز للدولة الأجنبية والأشخاص العامة الأجنبية التمسك بالحظر المفروض عليها في قانونها الداخلي أو أية قيود يفرضها هذا القانون على أهليتها في اللجوء إلى التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة، وذلك من أجل التخلص من الالتزام بالخضوع للتحكيم الذي سبق وإن ارتضته.

خامسا: أحكام التحكيم:-

بالاطلاع على العديد من أحكام التحكيم التي صدرت في المنازعات التي ثارت بين الدول أو الأشخاص العامة التابعة لها والشركات الخاصة الأجنبية، وذلك بمناسبة العقود ذات الطابع الدولي المبرمة بينهم، نجد أن هذه الأحكام تؤكد - وبدون تحفظ - على أهلية الدولة والأشخاص العامة التابعة لها في ابرام اتفاقات التحكيم، والتزامها باحترام هذه الاتفاقات(١).

وأول حكم تحكيم يمكن أن نذكره في هذا الخصوص، حكم التحكيم الصادر في إطار غرفة التجارة الدولية، في القضية رقم ١٥٢٦، لسنة ١٩٦٨(٢). بعد أن أكد المحكم في هذه القضية على أن قانون الدولة المتعاقدة هو

---

(١) انظر في نفس النتيجة:
Goldman (B.), Arbitrage ... op. Cit., J-Cl., dr. int., Fasc, 586-3, No. 26.

(٢) نشر هذا الحكم منشور في Clunet, 1974, P. 915

واجب التطبيق على قدرة هذه الدولة على الدخول طرفا فى اتفاق التحكيم وذلك بقوله «إن توقيع الدولة على شرط التحكيم لا يعنى قبول هذه الدولة تطبيق قانون آخر غير قانونها، لفحص مدى صحة هذا الشرط». نجد أن المحكم قد أكد على أهلية الدولة للتحكيم، مبينا أن «الحظر المفروض على الدولة والأشخاص العامة التابعة لها فى اللجوء إلى التحيكم، والمعروف فى فرنسا وبلجيكا، لا يوجد فى الدول الأخرى، وبصفة خاصة فى هذه الدولة المعنية. وأنه حتى ولو طبقنا على هذه الدولة انعدام الأهلية المقرر فى فرنسا وبلجيكا، فإنه يجب استثناء شرط التحكيم المدرج فى عقد دولى - كما هو الحال فى القضية الحالية - كما فعلت ذلك محكمة النقض الفرنسية فى قضية Galakis». وأخيرا أوضح المحكم أنه «حتى وان كانت هناك بعض الشكوك حول صلاحية هذه الدولة للتحكيم، فإن العقد محل النزاع نفسه يزيل هذه الشكوك نهائيا، حيث أن العقد موقع من الوزير الأول ووزير الاقتصاد، أى من السلطة التنفيذية العليا فى هذه البلد. ومن ثم فإن هذا العقد وشرط التحكيم المدرج فيه يؤكدان بوضوح على صلاحية هذه الدولة للتحكيم».

وكما هو واضح من الحكم، فإن المحكم قد أكد من ناحية على أن القانون واجب التطبيق على أهلية الدولة للتحكيم هو القانون الداخلى لهذه الدولة. ومن ناحية أخرى فإن الحظر المفروض على الدولة فى اللجوء إلى التحكيم والمنصوص عليه فى قانونها الداخلى قاصر على العقود الداخلية ولا يطبق على العقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة طرفا فيها.

بيد أن الأستاذ Derains[١] يرى فى هذا الحكم نموذجا على وجود قاعدة عرفية من النظام العام الدولى مقتضاها الاعتراف للدولة والأشخاص العامة بالقدرة على اللجوء إلى التحكيم، وأنه إذا كان الحكم قد فحص قدرة الدولة على اللجوء إلى التحكيم فى ضوء قانون الدولة

---

(١) راجع ملاحظات الأستاذ Derains على هذا الحكم، المرجع السابق الاشارة اليه مباشرة.

المتعاقدة. فليس ذلك لأن هذا القانون هو القانون الشخصى الذى يجب أن يحكم أهلية الدولة للتحكيم، وإنما أراد المحكم أن يستند إلى القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع وإجراءات التحكيم.

وفى حكم التحكيم الصادر فى إطار غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ١٩٢٩ فى ٢٢ سبتمبر لسنة ١٩٧١(١). بعد أن تساءل المحكم الوحيد فى هذه القضية - وهو الأستاذ Panchaud - عن صحة شرط التحكيم بالنظر إلى المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية الأثيوبى والتى مفادها عدم جواز أن تكون العقود الإدارية محلا للتحكيم، أجاب المحكم بأنه «إذا كانت هناك بعض التشريعات المستوحاة من التشريع الفرنسى، تحظر على الدولة أو أى هيئة عامة اللجوء إلى التحكيم، فمن المسلم به أن هذا الحظر لا يسرى على العقود الدولية. فما دام أن الأمر يتعلق هنا بقاعدة من النظام العام، فإن هذا الحظر لا يمكن أن يقع إلا فى إطار النظام العام الداخلى. فهذا هو الاتجاه السائد فى القضاء الفرنسى. وأنه لا محل لأى تفسير آخر للمادة ٢١٥ من قانون المرافعات المدنية الأثيوبى»، ثم أضاف المحكم «أن الهيئة العامة عندما تتعاقد مع الأشخاص الأجنبية، وتبرم صراحة شرط تحكيم يضع الثقة فى المتعاقد الآخر، فإن تمسك الهيئة العامة بعد ذلك ببطلان هذا الشرط يتعارض وبقوة مع النظام العام الدولى».

وكما هو واضح من هذا الحكم، فإن المحكم قد استند فى تقريره صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة إحدى الهيئات العامة على ما قضى به القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص، حيث أنه قدر أن الحظر المفروض على

---

(١) راجع فى هذا الحكم:-

Kassis (A.), Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J., 1984, PP. 491 etSS.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., PP. 264 - 265, No. 460.; Derains (Y.), Le statut des usages ...... Op. Cit., PP. 144 - 145.

الدولة والهيئات العامة فى اللجوء إلى التحكيم قاصر فقط على عقود القانون الداخلى ولا يسرى على العقود الدولية، وأن هذا الحظر إنما يتعلق بالنظام العام الداخلى ولا يعد من النظام العام الدولى. ثم أضاف المحكم حجة أخرى مقتضاها أن الدولة أو الهيئة العامة عندما تبرم عقدا مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، وتتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم، فإن تمسكها فى وقت لاحق ببطلان هذا الاتفاق يعد مخالفا للنظام العام الدولى.

ولقد اختلف الفقه حول تفسير هذا الحكم. ففى حين ذهب رأى(١) إلى أن هذا الحكم يعد تأكيدا على وجود نظام عام دولى غير وطنى Anational، فقد ذهب رأى آخر(٢) إلى أنه من غير الممكن أن يفسر حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية Galakis على وجود نظام عام دولى حقيقى يستبعد النظام العام الداخلى، وإنما النظام العام الداخلى هو الذى يتراجع فى مجال العقود الاقتصادية الدولية ليس لصالح نظام عام آخر وإنما لصالح الحرية التعاقدية. ولا يجب أن نفسر هذا الحكم التحكيمى أى تفسير آخر، لأن الحكم لم يفعل سوى تطبيق الأساس الذى استندت عليه محكمة النقض الفرنسية فى حكم Galakis.

ومن أحكام التحكيم المهمة فى هذا الخصوص، حكم التحكيم الصادر فى إطار غرفة التجارة الدولية فى القضية ١٥٢١ فى سنة ١٩٧٥ فى النزاع الذى ثار بين مؤسسة عامة لإحدى الدول الأفريقية وشركة فرنسية(٢). وفى هذه القضية تمسكت المؤسسة العامة بعدم اختصاص المحكم المعين من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بحجة أن نظامها

---

(١) انظر:
Derains (Y.), Le statut des usages ...... Op. Cit., P. 144 etS.; Goldman (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-3, No. 18 et 27.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., PP. 264 - 265, No. 460.

(٢) أنظر: Kassis (A.), Op. Cit., P. 499, No. 781.

(٢) انظر هذا الحكم منشور فى:
Clunet, 1976, P. 997, Obs. Y. Derains.

كمؤسسة عامة يمنعها من اللجوء إلى التحكيم، وأن هذا النزاع لا يمكن حسمه إلا من قبل المحاكم الوطنية فى بلدها. ولكن المحكم فى هذه القضية قد أكد على اختصاصه بالفصل فى اختصاصه، كما أكد على أهلية المؤسسة العامة فى اللجوء إلى التحكيم مستندا فى ذلك على أن «قانون الدولة التى تتبعها المؤسسة العامة المتعاقدة لا يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، كما أن هذه المؤسسة لها القدرة على اللجوء إلى التحكيم وفقا لنصوص القانون المنشىء لها». وإلى جانب ذلك أضاف المحكم حجة أخرى قائلا «حتى ولو فرض أن المؤسسة العامة ليست لها القدرة على اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجب اعتبار عدم قدرتها على اللجوء إلى التحكيم غير ذى أثر inopérante وذلك لمخالفته للنظام العام الدولى الذى لا يمكن إستبعاده بتطبيق القانون الداخلى لهذه الدولة ...». وهكذا، فإن المحكم فى هذه القضية بعد أن أبان أن للمؤسسة العامة أهلية التحكيم، وذلك بالتطبيق لقانونها الوطنى، استند على حجة أخرى - سبق وأن أخذ بها الحكم السابق مباشرة - مقتضاها أن التمسك بانعدام الأهلية أو نقصها المقرر فى القانون واجب التطبيق يعد مخالفا للنظام العام الدولى، ومن ثم يجب عدم الأخذ به واعتباره كأن لم يكن.

ويمكن أن نذكر فى هذا الاتجاه، حكم التحكيم الصادر فى إطار غرفة التجارة الدولية فى القضية ٤٢٨١، فى سنة ١٩٨٦، وذلك فى النزاع الذى ثار بين إحدى الشركات الفرنسية ومؤسسة عامة إيرانية(١). وفى هذه القضية، تمسكت المؤسسة الإيرانية بعدم اختصاص محكمة التحكيم مستندة فى ذلك على ثلاث حجج منها أنها مؤسسة عامة ولا يجوز لها بالتالى ابرام اتفاق تحكيم صحيح بدون الحصول على ترخيص بذلك من الجهات الحكومية المختصة، وفقا للمادة ١٢٩ من الدستور الإيرانى.

ولكن محكمة التحكيم، على الرغم من اعترافها بخضوع أهلية

---

(١) راجع هذا الحكم منشور فى:

Clunet, 1986, P. 1102, Obs, Y. Derains.

التحكيم للقانون الشخصى للأطراف المتعاقدة، وهو القانون الإيرانى بالنسبة للمؤسسة العامة الإيرانية، رفضت الدفع الذى تمسكت به المؤسسة العامة الإيرانية مبررة ذلك بقولها «حتى وإن كان من غير المستطاع بالنسبة للمؤسسة العامة الإيرانية إبرام اتفاق تحكيم بدون الحصول على ترخيص بذلك من السلطات المختصة وفقا للمادة ١٢٩ من الدستور الإيرانى، وأنه من الثابت عدم حصول هذه المؤسسة على هذا الاذن، بيد أنه يجب مراعاة أن هذا العيب الذى لحق باتفاق التحكيم لم يحمل إلى علم الطرف الآخر عند ابرام العقد ... وأنه من المسلم به فى القضاء التحكيمى أن تمسك الهيئة العامة ببطلان اتفاق التحكيم الذى سبق وأن قبلته، والذى وضع الثقة فى المتعاقد الآخر يتعارض مع النظام العام الدولى». وبناء عليه، انتهت محكمة التحكيم إلى أنه «يجب اعتبار عدم القدرة على اللجوء للتحكيم المنصوص عليه فى القانون الداخلى الواجب تطبيقه لاغيا أو غير ذى أثر لعدم تطابقه مع النظام العام الدولى، والذى لا يمكن استبعاده بتطبيق القانون الإيرانى.

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه أيضا، حكم التحكيم الصادر فى ١٨ نوفمبر لسنة ١٩٨٣ فى النزاع الذى ثار بين بلجيكا وإحدى الشركات الألمانية(١). وفى هذه القضية تمسكت بلجيكا بعدم صحة شرط التحكيم إستنادا إلى الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢/١٦٧٦ من قانون القضاء البلجيكى. فى المقابل، تمسكت الشركة الألمانية بتطبيق الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف لسنة ١٩٦١، والتى تعد كل من بلجيكا وألمانيا أطرافا فيها، حيث تنص هذه المادة على أن الأشخاص المعنوية العامة لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة.

وبالفعل، لقد رفض المحكم الدفع المتمسك به من قبل بلجيكا وذلك بالتطبيق للمادة الثانية من الاتفاقية الأوربية. كما أوضح المحكم أن أهلية

---

(١) راجع هذا الحكم منشور فى: Rev. Arb., 1989, P. 339.

الدولة للتحكيم تعتبر مبدأ مسلما به فى قانون التحكيم الدولى. وان التمسك بحظر التحكيم المنصوص عليه فى القانون الداخلى يعتبر مخالفا للنظام العام الدولى.

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه، حكم التحكيم الصادر فى إطار غرفة التجارة الدولية. فى ٢٠ أبريل لسنة ١٩٨٢، فى النزاع الذى ثار بين الشركات الفرنسية Framatome, Alsthom – Atlantique et SPIE Batignoles والهيئة الإيرانية للطاقة النووية Atomic Energy organization of iran (A.E.O.I.)، وذلك بمناسبة العقد المبرم بينهم فى ١٨ سبتمبر سنة ١٩٧٧، والمتعلق بانشاء مركز نووى. فى إطار الاتفاقيات المبرمة بين الدولتين الفرنسية والإيرانية(١). وفى هذه القضية. تمسكت الهيئة الايرانية بعدم أهليتها لابرام شرط التحكيم وفقا للقوانين الايرانية واجبة التطبيق.

ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع، وبعد أن أكدت على أهلية الهيئة الإيرانية للتحكيم طبقا للقانون المنشىء لها والصادر فى ١١ يوليو ١٩٧٤، أضافت المحكمة «أن هناك مبدأ معترفا به اليوم عالميا سواءا فى العلاقات فيما بين الدول أو العلاقات الدولية الخاصة يحظر على الدولة الإيرانية أن تنكر التزامها بالتحكيم الذى سبق وأن وقعت عليه بنفسها أو بواسطة إحدى الهيئات العامة مثل الهيئة الإيرانية للطاقة النووية ...».

وأخيرا، تجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أحد أحكام التحكيم الصادرة فى مجال عقود البترول، ألا وهو حكم التحكيم

---

(١) انظر الحكم فى: Clunet, 1984, P. 58, Spéc. PP. 68 – 74.
وفى التعليق عليه:
Oppetit (B.). Arbitrage et contrats d'État «L'arbitrage Framatome et autres C/ Atomic Energy organization of iran». Clunet, 1984, P. 37.

الصادر فى كوبنهاجن فى ١٤ يناير سنة ١٩٨٢ بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ B. Gomard، فى النزاع الذى ثار بين الشركة الفرنسية Elf_Aquitaine والشركة الإيرانية للبترول (نيوك) وذلك بمناسبة عقد البترول المبرم بينهما فى ٢٧ أغسطس لسنة ١٩٦٦(١).

ففى هذه القضية، تمسكت الشركة الإيرانية ببطلان شرط التحكيم مستندة فى ذلك على أن القانون الإيرانى يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم.

بيد أن المحكم قد رفض الدفع الذى تمسكت به الشركة الإيرانية وأكد على أن «هناك مبدأ عاما معترفا به فى القانون الدولى يلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد فى العقد المبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى الشركات العامة التابعة لها، ويحظر عليها الغاءه فى وقت لاحق بإرادتها المنفردة ...». ثم أضاف المحكم «أن هذا المبدأ معترف به من جانب اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥. فوفقا للمادة (٢٥) من هذه الاتفاقية، عندما يتفق الأطراف على التحكيم فى إطار الاتفاقية فلا يجوز لأى منهم أن يسحب رضاءه بإرادته المنفردة. كما أن هذا المبدأ معترف به من قبل العديد من الفقهاء المتخصصين. كما أخذت به العديد من أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الدولية».

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم قد تأثرت بالاتجاه الذى تبنته أحكام التحكيم. والمثال الذى يمكن أن يذكر فى هذا الصدد هو القانون السويسرى الجديد بشأن التحكيم الدولى الخاص لعام ١٩٨٧. فقد نصت المادة ٢/١٧٧ من هذا القانون على أنه

---

(١) انظر هذا الحكم منشور فى:
Rev. Arb., 1984, P. 401, Spéc, PP. 418 - 420, No. 36 - 42.

وراجع فى التعليق عليه:
Fouchard (Ph.), L'arbitrage Elf-Aquitaine iran C/ ....., Op. Cit., P. 333 etSS.

«عندما يكون أحد الأطراف فى اتفاق التحكيم الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها، فإن هذا الطرف لا يمكنه التمسك بقانونه للمنازعة فى قابلية النزاع للتحكيم أو فى أهليته للتحكيم». وكما هو واضح من النص فإنه لا يجوز للدولة أو الأشخاص العامة الاحتجاج بقانونها الداخلى للمنازعة فى قدرتها على إبرام اتفاق تحكيم صحيح(١).

الخلاصة: يمكن أن نستخلص مما تقدم أن الاتجاه السائد هو أن أهلية الدولة والأشخاص العامة تخضع لقانونها الوطنى. بيد أنه لا يجوز للدولة أو الشخص العام أن يحتج بانعدام أهليته أو نقصانها طبقا لقانونه الوطنى من أجل التنصل من اتفاق التحكيم الذى سبق أن وافق عليه. ونرى الأخذ بنفس الحل بالنسبة لاتفاق التحكيم فى عقود البترول(٢).

---

(١) راجع:

Lalive (P.), et Gaillard (E.), le nouveau droit ......, Op. Cit., P. 925.

(٢) عكس ذلك راجع: د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم ....، المرجع السابق، ص ٤٤ ومابعدها، بند ٢٢ ومابعده. حيث يرى عدم ملائمة الأخذ بهذا الحل بالنسبة لعقود الاستثمار. وراجع أيضا:

Vergopoulos - Mechaîl (A.), Op. Cit., PP. 77 - 79.

الفصل الرابع

آثار اتفاق التحكيم

Les effets de la convention d'arbitrage

تمهيد وتقسيم:

يترتب على اتفاق التحكيم، أيا كانت صورته، سواء أكان فى صورة شرط تحكيم وارد فى العقد الأصلى أو فى صورة اتفاق تحكيم مستقل، أثران جوهريان: أحدهما إيجابى، L'effet positif ويتمثل فى التزام الأطراف بعرض النزاع أو المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم على التحكيم، وتولية المحكمين سلطة الفصل فى هذه المنازعات. والآخر سلبى L'effet negatif ويتمثل فى امتناع هؤلاء الأطراف عن عرض هذه المنازعات على القضاء الوطنى، ومنع هذا القضاء من الفصل فيها.

وعلى ذلك، عندما تبرم إحدى الدول المنتجة للبترول بنفسها أو بواسطة إحدى هيئاتها العامة عقدا بتروليا مع إحدى الشركات الأجنبية للبترول، ويتفقان على اللجوء إلى التحكيم، سواء فى صورة شرط وارد فى العقد ذاته أو فى صورة اتفاق مستقل، لتسوية المنازعات التى تثور أو ثارت بينهما بصدد هذا العقد، فإنه وبموجب هذا الاتفاق يلتزم كل من الطرفين بعرض هذه المنازعات على محكمة التحكيم المعينة بواسطتهما، وتختص هذه المحكمة بالفصل فيها (وهذا هو الأثر الإيجابى) كما يمتنع عليهما اللجوء إلى القضاء الوطنى، كما يمتنع هذا القضاء عن الفصل فيها (وهو الأثر السلبى).

ويعتبر هذان الأثران ملازمين دائما لاتفاق التحكيم، أيا كان القانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق. فالقانون الذى يعفى الأطراف فى هذا الاتفاق من حمل النزاع أمام محكمة التحكيم، ولا يقضى باختصاص محكمة

التحكيم بالفصل فى النزاع أو يسمح للمحاكم القضائية بالفصل فيه، فإنه يجهل فى الحقيقة نظام التحكيم ذاته(١).

هذا ولما كان اتفاق التحكيم محل الدراسة، أى الاتفاق على التحكيم فى عقود البترول، تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه، فإن هناك تساؤلا غاية فى الأهمية يمكن أن يثور وهو هل يجوز للدولة، أو الشخص العام التابع لها، التمسك بحصانتها القضائية والتنفيذية على الرغم من اتفاقها على اللجوء إلى التحكيم، وبالتالى إهدار كل أثر لاتفاق التحكيم؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضى دراسة أثر الاتفاق على التحكيم على تمسك الدولة بحصانتها القضائية والتنفيذية.

وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول: إختصاص المحكمين بالفصل فى النزاع، «والاختصاص بالاختصاص».

المبحث الثانى: عدم اختصاص القضاء الوطنى.

المبحث الثالث: أثر اتفاق التحكيم على التمسك بالحصانة القضائية والتنفيذية للدولة.

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. dr. int., fasc. 586-5, 1, No. 3.

المبحث الأول

اختصاص المحكمين بالفصل فى النزاع "والاختصاص بالاختصاص"

يترتب على اتفاق التحكيم - كما سبق القول - التزام الأطراف بعرض النزاع الذى نشأ بينهم على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم للفصل فيه، وذلك بدلا من اللجوء إلى المحكمة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع، وبالتالى ينعقد الاختصاص للمحكمين بالفصل فى النزاع موضوع هذا الاتفاق.

وعلى هذا النحو، فإن الأثر الإيجابى لاتفاق التحكيم لا يثير أية صعوبات فى التطبيق عندما يمتثل الأطراف بإخضاع النزاع للمحكمين طبقا لاتفاقهم التحكيمى. ولكن الذى قد يحدث أنه عندما يثور النزاع بين الأطراف، ويطلب أحدهم اللجوء إلى التحكيم، قد يحاول الطرف الآخر عرقلة إجراءات التحكيم، ويدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل فى النزاع مستندا فى ذلك على العديد من الأسباب. فقد يستند فى دفعه بعدم اختصاص محكمة التحكيم إلى بطلان العقد الأصلى أو عدم وجوده، أو إلى بطلان اتفاق التحكيم ذاته أو تجاوز المسألة المتنازع فيها لاختصاص محكمة التحكيم نظرا لتجاوزها لنطاق اتفاق التحكيم(١).

ولا يعد هذا الفرض فرضا نظريا. إن دراسة الواقع العملى تبين لنا أن هناك العديد من الحالات التى رفض فيها بعض الأطراف المشاركة فى إجراءات التحكيم - وبصفة خاصة فى مجال التحكيم فى عقود البترول - وتمسكوا بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل فى النزاع. ويمكن أن نذكر من ذلك موقف الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) عندما رفضت المشاركة فى إجراءات التحكيم على أثر النزاع المثار بينها وبين الشركة

---

(١) حول الفروض التى يفحص فيها المحكم مسألة إختصاصه راجع:
BOISSESON («.), le droit Françáis ...... Op. Cit., P. 716 etS.

الفرنسية Elf - Aquitaine، مستندة فى ذلك على أن العقد الأصلى المبرم بينهما قد اعتبر باطلا وكأن لم يكن من قبل اللجنة الخاصة التى تم تشكيلها وفقا للقانون الإيرانى ذات المادة الواحدة الصادر من مجلس قيادة الثورة الإسلامية فى سنة ١٩٨٠[١]. ومن ذلك أيضا موقف الحكومة الليبية عندما رفضت المشاركة فى إجراءات التحكيم فى قضية ليامكو «Liamco»[٢]ونازعت فى اختصاص المحكم بحجة تعارض التحكيم مع سيادتها الوطنية كدولة.

وفى هذه الأحوال، يثور التساؤل عن الجهة التى تملك سلطة الفصل فى اختصاص محكمة التحكيم. فهل ينعقد الاختصاص للمحكمة القضائية المختصة لكى تفصل فى مسألة اختصاص المحكمين. وفى هذا الفرض يجب على المحكمين إيقاف إجراءات التحكيم لحين فصل الجهة القضائية المختصة فى اختصاصهم. أم ينعقد الاختصاص للمحكمين أنفسهم للفصل فى اختصاصهم. وفى هذا الفرض الأخير إذا ما ارتأى المحكمون أن لهم الاختصاص بالفصل فى النزاع، كان لهم مواصلة إجراءات التحكيم، والاستمرار فى نظر النزاع المعروض عليهم والفصل فيه. هذا مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم، واحتمال صدور حكم قضائى يقضى بأن المحكمين كانوا غير مختصين بنظر هذا النزاع والفصل فيه بواسطتهم.

---

(١) انظر: Rev. Arb., 1984, spéc, P. 406.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن نفس الشركة قد امتنعت عن المشاركة فى إجراءات التحكيم فى نزاعها مع شركة سافير الدولية للبترول ونازعت فى اختصاص المحكم، راجع فى ذلك:

LALIVE (J.), un récent arbitrage suisse ...., Op. Cit., P. 273 etS.

(٢) راجع الحكم الصادر فى هذه القضية:

Rev. Arv., 1980, P. 132, Spéc., P. 145.

وقد اتخذت الحكومة الليبية نفس الموقف فى تحكيم تكساكو. راجع فى هذا التحكيم:

Lalive (J.), un grand arbitrage pétrolier ...., Op. Cit., P. 319 etS.

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، يجب الاعتراف بداية بأنه فى العديد من الحالات فإن الطرف الذى ينازع فى اختصاص المحكمين غالبا لا تتوافر لديه حسن النية، وأنه لا يستهدف من وراء الدفع بعدم اختصاص المحكمين سوى تعطيل إجراءات التحكيم وإطالة أمد النزاع ومجرد كسب الوقت فقط. وبالتالى من المناسب أن نسد عليه طريق المماطلة وإضاعة الوقت وان نرد عليه قصده وذلك بالاعتراف للمحكمين بالفصل فى الدفوع المتعلقة باختصاصهم.

إلى جانب ذلك فإنه من المنطقى وقد وضع الأطراف ثقتهم فى المحكمين للفصل فى النزاع المثار بينهم، أن تمتد هذه الثقة إلى القرار الذى يتخذه هؤلاء فى مسألة إختصاصهم، "لا سيما وأن هذا القرار سوف يخضع فى النهاية لرقابة المحاكم القضائية، كما وأن المحكمين لن يعترفوا باختصاصهم إلا عندما لا يكون هناك مجال للشك فيه. وبالإضافة إلى ذلك فإن الاعتراف للمحكمين بالفصل فى اختصاصهم له ميزة واضحة ومؤكدة وهى الوصول بأقصى سرعة ممكنة إلى حل للنزاع وإصدار حكم التحكيم. فى المقابل، فإن تقرير اللجوء إلى المحاكم القضائية لفحص مسألة اختصاص المحكمين يسير ضد الهدف الذى تقرر من أجله الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة سريعة وفعالة لحسم المنازعات على صعيد العلاقات الدولية الخاصة(١). هذا من ناحية.

من ناحية أخرى فإن تقرير اختصاص المحاكم القضائية بالفصل فى اختصاص المحكمين يثير الكثير من المشكلات المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائى الدولى وتنازع القوانين الأمر الذى من شأنه عرقلة اجراءات التحكيم(٢). ويحدث ذلك عندما تعترف احدى الدول المعنية بالنزاع بسلطة المحكم بالفصل فى اختصاصه، بينما ترفض الأخرى

---

(١) انظر فى نفس المعنى:
David (R.), Op. Cit., PP. 396 - 397, No. 309.

(٢) انظر:
Lalive (P.), Problèmes relatifs `a l'arbitrage ... Op. Cit., P. 702.

ذلك وتعطى الاختصاص للمحاكم القضائية وتفرض على المحكم إيقاف الفصل في الدعوى. كما أن المحكم الذى يعترف له القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم بالفصل فى اختصاصه لا يكون ملزما بأى حكم قضائى يصدر فى هذا الخصوص. والأمر كذلك، سيكون من الصعب - فى هذا الفرض - تجنب ما يمكن أن يؤدى إليه وجود خصومتين وحكمين صادرين فى نفس المشكلة أحدهما صادر عن المحكم والآخر صادر عن قضاء وطنى. فهذه الأحكام يمكن أن تكون متناقضة Contradictoires، وأن الدفع باحالة الدعوى L'exeption de litispendance أو بقوة الشيء المقضى به لا يمكنه حل هذا التنازع لأن كل دولة تحدد بنفسها قواعد الاختصاص القضائى الدولى والتى يعد احترامها شرطا لقبول هذه الدفوع.

وكذلك يمكن أن يحدث تنازع الاختصاص القضائى الدولى حتى عندما تخضع كل الدول المعنية اختصاص المحكم للمحاكم القضائية، حيث تصدر العديد من الأحكام القضائية فى هذا الخصوص فى كل هذه الدول، وخطر الاختلاف فيما بينها وارد. وأن كل حكم يعتبر صحيحا فى ظل نظامه القانونى الوطنى.

وهكذا تتضاعف إمكانيات استخدام الوسائل الاحتيالية Les manoeuvres dilatoires للطرف الذى لا يرغب فى التحكيم، حيث يستطيع هذا الطرف، فى كل لحظة تكون عليها الإجراءات، اللجوء إلى محكمة من اختياره (محكمة الدولة التى يجرى عليها التحكيم أو الدولة التى يطلب منها منح الحكم القوة التنفيذية). مؤخرا بإرادته إجراءات التحكيم وملزما خصمه على الترافع أمام جهة أخرى بدلا من أن تتم هذه المرافعة أمام المحكم. ويعود إلى الظهور مرة أخرى تنازع الاختصاص القضائى الذى يهدف التحكيم الدولى إلى استبعاده وتفاديه(١).

---

(١) راجع فى ذلك:

Fouchard (P.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 138, No. 242.

ومن أجل ذلك كله كان من الضرورى الاعتراف للمحكمين بالاختصاص فى الفصل فى اختصاصهم. وهو ما حدث فعلا. فقد أقرت معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. وكذلك أحكام التحكيم. مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه عندما يدفع أحد الأطراف أمامه بعدم الاختصاص. وهو ما نعرض له بشىء من الايجاز.

تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص: Kompetenz - Kompetenz

أصبح من المعترف به فى معظم القوانين الوطنية أن للمحكمين الاختصاص بالفصل فى اختصاصهم عند المنازعة فيه. سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم ذاته أو بطلانه أو تجاوز المسألة محل النزاع لنطاق اتفاق التحكيم. هذا مع مراعاة أن القوانين الوطنية لم تمنح المحكم سلطة الفصل فى اختصاصه بصفة نهائية. بل منحته إياها بصفة مؤقتة. حيث يخضع الحكم الذى يتخذه المحكم فى مسألة اختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة وذلك من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم أو أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم.

ففى ألمانيا. أعطت المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات الألمانى للمحكمين عندما يتمسك أمامهم ببطلان عقد توليتهم سلطة الإستمرار فى إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم إذ ما قدروا رفض هذا الدفع المتمسك به. على أن يلاحظ أن هذا القانون لم يمنح المحكمين سلطة الفصل فى اختصاصهم بصفة نهائية. فالحكم الذى يتخذه المحكمون فى مسألة اختصاصهم ليس له إلا أثر مؤقت ولا يلزم المحكمة القضائية. فعندما تطرح أمام المحكمة القضائية مسألة صحة اتفاق التحكيم أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية أو دعوى بطلان حكم التحكيم. فإن هذه المحكمة تفصل بصفة نهائية فى صحة اتفاق التحكيم. ومن ثم فى اختصاص المحكمين[١]. بيد أن

---

(١) انظر:
TOMASI (A.), L'arbitrage en Allemagne, Rev. Arb., 1962, P. 88.

القضاء الفيدرالى الألمانى يقضى بأنه لو منح الأطراف صراحة للمحكم سلطة الفصل فى اختصاصه، فإن حكم المحكم يكون نهائيا ويلزم المحاكم القضائية (١).

وفى اليونان، فإنه وفقا للمادة (٢/٨٨٧) من قانون المرافعات اليونانى يفصل المحكمون فى اختصاصهم إلا إذا قرر الأطراف فى اتفاق التحكيم خلاف ذلك. وتطبق هذه القاعدة على كل التحكيمات سواء الداخلية أو الدولية، مع مراعاة الرقابة التى يمارسها القضاء الوطنى فى وقت لاحق على صدور حكم التحكيم وذلك من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلى أو أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية بالنسبة للتحكيم الدولى(٢).

وفى سويسرا. نصت المادة (١/١٨٦) من القانون الجديد بشأن التحكيم الدولى الخاص لسنة ١٩٨٧ على أن «تفصل محكمة التحكيم فى اختصاصها». وبذلك يكون المشرع السويسرى قد اعترف لمحكمة التحكيم بسلطة الفصل فى اختصاصها. ولقد جاء النص بعبارات مطلقة بحيث يمكن القول بأن للمحكم الاختصاص بالفصل فى اختصاصه سواء أكان الدفع بعدم

---

(١) انظر:

KOPELMANAS (L.), Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international, R.T.D.C., 1975, P. 901.

وانظر أيضا:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., PP. 136 - 137, No. 240.

وأيضا:

HUYS (M.), KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 494, No. 697.

(٢) انظر:

FOUSTOUCOS (A.C.), L'arbitrage international en Grèce, Rev. Arb., 1987, P. 30 et L'arbitrage interne et ...., Op. Cit., P. 211, No. 319.

الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو تجاوز المسألة محل النزاع لنطاق اتفاق التحكيم(١).

وقد أخذ بنفس الحل القانون الإيرلندى الصادر سنة ١٩٨٦، فقد نصت المادة (٥٢٠١/١) منه على أن «لمحكمة التحكيم سلطة فى الفصل فى اختصاصها»(٢). وكذلك الأمر القانون الجزائرى الصادر سنة ١٩٩٣، فقد نصت المادة (٤٥٨ مكرر ٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم فى اختصاصها ...»(٣).

وقد سار فى نفس الاتجاه أيضا القانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. فقد نصت المادة (١/٢٢) من هذا القانون على أنه «تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع». وكما هو واضح من النص، فقد اعترف المشرع المصرى لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل فى اختصاصها عندما يكون متنازعا فيه أمامها من قبل أحد الأطراف. ويستوى

---

(١) راجع فى هذا النص والتعليق عليه:
LALIVE (P.), POUDRET (JF) et REYMOND (C.) Op. Cit., P. 379 etSS.

وانظر أيضا:
BUDIN (R.), La nouvelle loi suisse sur ...., Op. Cit., P. 60; TSCHANZ (P.Y.), le nouveau droit suisse ......, Op. Cit., P. 443.

(٢) انظر نصوص هذا القانون منشورة فى:
Rev. Arb., 1988, P. 349 etSS., Spéc. P. 360.

وفى التعليق عليه راجع:
CREMADES (B.), L'espagne étrenne une nouvelle loi sur L'arbitrage, Rev. Arb., 1989, P. 189.

(٣) راجع نصوص هذا القانون فى:
Rev. Arb., 1993, P. 478 etSS., Spéc. P. 481.

فى ذلك أن يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لنطاق هذا الاتفاق.

وفى فرنسا، فقد نصت المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٨٠ بشأن التحكيم الداخلى على أنه «إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس ونطاق سلطته القضائية، فإن من حق المحكم وحده الفصل فى صحة وحدود توليته». يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسى قد اعترف للمحكم بالاختصاص فى الفصل فى اختصاصه إذا ما دفع أحد الأطراف أمامه بعدم الاختصاص، سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لاتفاق التحكيم. وبهذا يكون المشرع الفرنسى قد وضع حدا للخلاف الذى كان قائما فى السابق حول اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه فى مسائل التحكيم الداخلى(١).

وفى مجال التحكيم الدولى، لم يتضمن قانون المرافعات الصادر فى عام ١٩٨١ والمتعلق بالتحكيم الدولى نصا مماثلا لنص المادة ١٤٦٦ السالفة البيان، يقرر اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه. ويرى الفقه الغالب(٢).

---

(١) راجع فى هذا الخلاف:

KLEIN (F.E.), Du caractère autonome ...... Op. Cit.; Rev Crit., 1961, P. 515 etSS.

وراجع أيضا د. على بركات، المرجع السابق، ص ٢٤٩ ومابعدها، بند ٢٥٤ ومابعده.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph),. L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., PP. 148 - 149, No. 252.; GOLDMAN (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-CL, dr. int., fasc 586-5-1, No. 25 - 26,; BOISSESON (M.), Le droit Français ...., Op. Cit., P. 488, No. 578.; SANDERS (P.), L'intervention du juge dans la Procedure arbitrale (de la clause compromissoire à la sentence), Rev. Arb., 1980, P. 238 etSs., Spéc. PP. 244 - 245.; KLEIN (F-E.), Du caractère autonome ......, Op. Cit., Rev. Arb., 1961, P 53, No. 7.

ثبوت حق المحكم بالفصل فى اختصاصه كنتيجة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة والذى أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية فى قضية Gosset، والقضايا الأخرى اللاحقة، على نحو ما رأينا. حيث يرى هؤلاء أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، سواء أكان فى صورة شرط وارد فى العقد الأصلى أو فى صورة اتفاق مستقل، معناه أن الإدعاء ببطلان العقد الأصلى أو عدم وجوده أو فسخه لا يؤثر على اتفاق التحكيم المتعلق به، ومن ثم لا يؤثر على تولية المحكمين واختصاصهم، فيجوز للمحكمين الفصل فى اختصاصهم عندما يكون هذا الاختصاص متنازعا فيه استنادا إلى بطلان العقد الأصلى أو عدم وجوده.

بيد أن بعض الفقهاء(١) قد لاحظ وبحق أن حكم محكمة النقض فى قضية Gosset - والأحكام الأخرى اللاحقة - لم ينظم مباشرة وعلى نحو كامل مسألة الاختصاص بالاختصاص، حيث أنه من غير الممكن استخلاص قاعدة اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عندما يكون العيب المتمسك به يمس اتفاق التحكيم ذاته، سواء لأن هذا العيب خاص به، على سبيل المثال عندما تكون المسألة محل النزاع من المسائل التى لا تقبل التسوية بطريق التحكيم، أو لأن هذا العيب يمس فى آن واحد اتفاق التحكيم والعقد موضوع النزاع كما فى حالة تخلف الرضا أو انعدام الأهلية العامة للتعاقد.

على أية حال لقد أكد القضاء الفرنسى فى العديد من أحكامه على اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه فى مجال التحكيم الدولى، حتى عندما يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه

---

(١) انظر:

LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres internationaux `a la lumière de L´évolution récente du droit de L´arbitrage international, clunet., 1983, P. 293 etSS., Spéc. PP. 310 - 311, No. 34.; GOLDMAN (B.) Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, dr. int., fasc 586-5-1, No. 27.

أو عدم وجوده. ففى الحكم الصادر من محكمة السين المدنية فى ١٧ أكتوبر لسنة ١٩٥٦، والمتعلق بتحكيم دولى تم فى إطار غرفة التجارة الدولية، أكدت المحكمة على أنه «يجب على المحكمين فى المقام الأول أن يتثبتوا من أن اتفاق التحكيم يمنحهم الاختصاص بالفصل فى النزاع المعروض عليهم، كما أنهم ملزمون بالتأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته ومن نطاقه، وإلا شاب حكمهم البطلان». وكما هو واضح من الحكم، فإن المحكمة قد اعترفت للمحكمين بالاختصاص فى فحص أساس ولايتهم، بمعنى التحقق من صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، وفحص حدود ولايتهم، أى نطاق اتفاق التحكيم، على نحو ما فعلت فيما بعد المادة ١٤٦٦ بالنسبة للتحكيم الداخلى(١). وبعبارة أخرى، فإن المحكمة اعترفت للمحكمين بالاختصاص فى الفصل فى اختصاصهم عندما يكون متنازعا فيه بسبب بطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بسبب تجاوز النزاع لنطاق هذا الاتفاق.

كما أكدت محكمة كولمار Colmar فى حكمها الصادر فى ٢٩ نوفمبر لسنة ١٩٦٨(٢) على «أن هناك قاعدة مفادها أن القاضى المطروح عليه النزاع هو المختص بالفصل فى اختصاصه، ومن ثم عندما يكون هذا القاضى محكما يستمد سلطاته من اتفاق الأطراف فإن له أن يتثبت من وجود وصحة هذا الاتفاق».

ويمكننى أن أضيف إلى ما تقدم أنه إذا كانت المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى قد منحت المحكم فى مجال التحكيم الداخلى السلطة فى فحص أساس ولايته وحدودها، أى الاختصاص بفحص اختصاصه، فإنه من

---

(١) راجع فى هذا الحكم والتعليق عليه:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 148.

وأيضا:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl., dr. int., fasc 586-5-1, No. 27.

(٢) راجع هذا الحكم منشور فى: Rev. Arb., 1968, P. 149.

باب أولى يجب الاعتراف للمحكمين بمثل هذه السلطة فى مجال التحكيم الدولى، حيث أنه من الصعوبة بمكان أن ننكر على المحكمين فى المجال الدولى امتيازا أو سلطة ممنوحة صراحة للمحكمين فى المجال الداخلى(١).

الخلاصة: أن الغالبية العظمى من القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم قد أقرت للمحكم الاختصاص بالفصل فى اختصاصه عند المنازعة فيه من قبل أحد الأطراف. ويستوى فى ذلك أن يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو فسخه أو انقضائه، أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لنطاق اتفاق التحكيم.

وقد أقرت بعض الاتفاقيات الدولية مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه. فقد نصت (٥/٣) من الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ على أنه «مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها فى قانون القاضى. لا يجب على المحكم المتنازع فى اختصاصه أن يتخلى عن القضية. فالمحكم له السلطة فى الفصل فى اختصاصه وفى مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذى يعتبر هذا الاتفاق جزءا منه»(٢).

---

(١) فى نفس المعنى:
DELAUME (G.), L´arbitrage transnational et les tribunaux nationaux, clunet., 1984, P. 521 etSS., Spéc. P. 529.

(٢) ويقول النص بالفرنسية:
«Sous reserve des contrôles judiciaires, prévus par la loi du for, L´arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se déssaisir de l´affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l´existence ou la validité de la convention d´arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie».

ويتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية قد أقرت مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه عندما يكون متنازعا فيه أمامه من قبل أحد الأطراف، بل لقد اعتبرته التزاما على المحكم، حيث أوجبت على المحكم عدم التخلى عن الدعوى عند المنازعة فى اختصاصه. وبهذا تكون الاتفاقية الأوربية قد وضعت المحكم على نفس مستوى القاضى الوطنى والذى يعد دائما هو القاضى فى الفصل فى اختصاصه. ويستوى فى ذلك أن يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه، أو بناء على تجاوز المسألة - محل النزاع - لنطاق اتفاق التحكيم وبالتالى خروجها من نطاق اختصاص المحكمين(١).

ولكن ليس معنى هذا أن المحكم يملك الاختصاص بالفصل فى اختصاصه بشكل نهائى، وأن الرقابة القضائية مستبعدة تماما فى هذا الخصوص. فمتى صدر حكم التحكيم يمكن المنازعة فى صحته أمام المحاكم القضائية. وذلك بالتمسك بعدم وجود أو بطلان اتفاق التحكيم أثناء إجراءات منح القوة التنفيذية أو من خلال دعوى البطلان التى ترفع ضد حكم التحكيم بعد صدوره(٢). فالاتفاقية الأوربية لم تأخذ بقاعدة الاختصاص بالاختصاص النهائى، وإنما أخذت بقاعدة الاختصاص بالاختصاص المؤقت. فحكم التحكيم الصادر فى اختصاصه ليس إلا حكما مؤقتا، وقد يقضى ببطلانه أو يرفض الاعتراف به وتنفيذه إذا لم تحز صحة تولية واختصاص المحكمين على قبول القاضى الوطنى الذى يفصل فى دعوى بطلان حكم

---

(١) راجع فى نفس المعنى:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial international, Op. Cit., PP. 151 - 152, No. 255 - 256.

وأيضا:

DAVID (R.), Op. Cit., P. 434, No. 342.

وأيضا: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ص ١٢٧ - ١٢٨، بند ١٢٩، ص ١٨٦، بند ١٩٥.

(٢) انظر:

DAVID (R.), Op. Cit., P. 434, No. 342.

التحكيم أو المطلوب منه الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه(١). وهذا هو معنى التحفظ الوارد بصدر الفقرة الثالثة والذى يقول «مع مراعاة الرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها فى قانون القاضى ...».

وبناء عليه إذا كان قانون القاضى يجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى الدفع بعدم الاختصاص أمام المحاكم القضائية، فإن مصير هذا الحكم يتوقف على ما تقضى به المحكمة، فاذا قضت بقبول الدفع سقطت إجراءات التحكيم وسقط معها حكم التحكيم. وإذا قضت برفض الدفع، صحت إجراءات التحكيم، وظل حكم التحكيم قائما منتجا لآثاره(٢).

كما نصت الفقرة الأولى من المادة (٤١) من اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمبرمة فى واشنطن عام ١٩٦٥ على أن «تعتبر محكمة التحكيم هى القاضى فى اختصاصها». ويتضح من هذا النص أن اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار قد اعترفت لمحكمة التحكيم بالاختصاص بالفصل فى اختصاصها عندما ينازع فيه أمامها من قبل أحد الأطراف(٣). كما أنها نصت على هذا المبدأ بعبارات مطلقة بحيث يمكن القول بأن لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل فى اختصاصها سواء أكان الدفع بعدم الاختصاص مبنيا على المنازعة فى وجود أو صحة العقد الأصلى أو وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، أو تجاوز المسألة محل النزاع لاختصاص المركز الدولى، وبالتالى لاختصاص محكمة التحكيم المشكلة فى إطاره.

---

(١) انظر:

MEZGER (E.), Compétence - Compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitral dans la convention dite européenne Sur l'arbitrage commercial internationl, Mélanges Minoli, 1974, P. 315 etS.

(٢) انظر: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٨، بند ١٢٩، ص ١٨٧، بند ١٩٥.

(٣) فى نفس المعنى راجع:

DELAUME (G.), Le centre international ......, Op. Cit., P. 818.

وأيضا: د. عصام بسيم، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

وقد أقرت قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، وكذلك لوائح التحكيم المعمول بها لدى مراكز التحكيم الكبرى ذات الطابع الدولى، مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه.

فقد أخذت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى سنة ١٩٧٦ بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه، وذلك بنصها فى المادة (٢١) على أنه «١ - يجوز لمحكمة التحكيم الفصل فى الدفوع المتعلقة باختصاصها، بما فى ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة شرط أو اتفاق التحكيم. ٢ - تختص محكمة التحكيم بالفصل فى وجود أو صحة العقد الذى يعد شرط التحكيم جزءا منه ...».

كذلك الأمر أيضا بالنسبة للقانون النموذجى الصادر عن نفس اللجنة عام ١٩٨٥، فقد نصت المادة (١/١٦) منه على أن «يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل فى اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم ...».

وفى نفس الاتجاه أيضا لائحة التحكيم المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من هذه اللائحة على أنه «إذا أثار أحد الأطراف دفع أو عدة دفوع متعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم، فإن للمحكمة الدائمة لدى الغرفة - بعد التأكد لأول وهلة من وجود هذا الاتفاق - أن تقرر أن التحكيم سيتم، وذلك بدون المساس بقبول هذه الدفوع أو صحتها. وفى هذه الحالة، فإن من حق المحكم وحده إتخاذ أى قرار بشأن اختصاصه». كما نصت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة على أنه «مالم يوجد اتفاق مخالف من قبل الأطراف، فإن الادعاء ببطلان أو عدم وجود العقد لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا ما ارتأى صحة اتفاق التحكيم. ويظل المحكم مختصا فى حالة عدم وجود العقد أو بطلانه من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل فى ادعاءاتهم وطلباتهم»(١).

---

(١) انظر فى هذا النص والتعليق عليه:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, dr. int., fasc 586-5-2, No. 70 etSS.

ويمكننا أن نخلص من هذا النص إلى أن لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية قد أسندت إلى محكمة التحكيم الدائمة لدى الغرفة القيام بإجراء فحص مبدئى لمجرد التأكد من وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف والإشارة فيه إلى غرفة التجارة الدولية. فإذا ما انتهت إلى عدم وجود هذا الاتفاق أو عدم وجود هذه الإشارة، كان لها أن ترفض تنظيم هذا التحكيم فى كنف غرفة التجارة الدولية. أما إذا تأكدت من وجود هذا الاتفاق والإشارة فيه إلى غرفة التجارة الدولية، كان لها أن تقرر أن يتم التحكيم فى كنف غرفة التجارة الدولية. وفى هذه الحالة الأخيرة، فإن دور محكمة تحكيم الغرفة يتوقف عند هذا الحد، ويكون لمحكمة التحكيم (أو المحكمين) التى تشكل بواسطة الغرفة للفصل فى النزاع، الاختصاص بالفصل فى اختصاصها إذا ما دفع أحد الأطراف أمامها بعدم الاختصاص، سواء أكان الدفع مبنيا على عدم وجود العقد الأصلى أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضائه(١).

كما أخذت بمبدأ الاختصاص بالاختصاص لائحة التحكيم المعمول بها لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم منذ أول مايو عام ١٩٩٢، وذلك عندما نصت فى المادة (١٥) منها على أن «١ - لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل فى اختصاصها، بما فى ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم. ٢ - لمحكمة التحكيم الاختصاص بالفصل فى وجود أو صحة العقد الأصلى المتضمن لشرط التحكيم ...»(٢).

وكذلك الشيء بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن

---

(١) فى نفس المعنى:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-CL, dr, int., fasc 586-5-2, No. 71.; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 495, No. 699.

وأيضا د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ١٢٦ - ١٢٧.

(٢) انظر هذه القواعد منشورة فى:

Rev. Arb., 1993, P. 486 etSs. Spéc. P. 493.

للتحكيم الدولى، فقد أكدت على إختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه وذلك فى المادة (١/١٤) والتى نصت على أن «لمحكمة التحكيم سلطة الفصل فى اختصاصها، بما فى ذلك الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو صحته ...»(١).

وبالاطلاع على العديد من أحكام التحكيم التى تعرضت لمسألة اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه سواء تلك الصادرة فى اطار غرفة التجارة الدولية بباريس أو التى صدرت من محاكم التحكيم الحر AD HOC نجد أنها قد أكدت جميعا على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه.

ومن الأحكام الصادرة فى إطار غرفة التجارة الدولية والتى أعملت مبدأ الاختصاص بالاختصاص يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٢٦ فى سنة ١٩٦٨(٢). ففى هذه القضية رفضت الدولة المتعاقدة (المدعى عليها) المشاركة في إجراءات التحكيم وتعيين محكم لها. وقد تم تعيين محكم وحيد من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية ليفصل فى النزاع. وقد بدأ المحكم، والذى اتخذ من مدينة برن Berne بسويسرا مقرا له، بالتأكيد على اختصاصه مقررا أن «اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه يعتبر قاعدة مسلما بها فى مجال التحكيم الدولى ...» ثم أضاف المحكم «أن هذه القاعدة ليست ملغاة Infirmée فى القانون الفرنسى وهو قانون مقر غرفة التجارة الدولية، ولا فى القانون السويسرى قانون مقر التحكيم ولا فى قانون الدولة المتعاقدة ذاتها ...».

---

(١) انظر فى هذا النص والتعليق عليه:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ......, Op. Cit., J-Cl, Dr. int., Fasc. 586-5-2, No. 80.

(٢) راجع:
Sentence rendue dans l'affaire No. 1526 en 1968, clunet, 1974, P. 915, Obs: Y. Derains.

وهكذا نجد أن المحكم، فى هذه القضية، قد أكد على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه عند المنازعة فيه معتبرا إياه قاعدة ثابتة ومستقرة فى مجال التحكيم الدولى. كما استند فى تأييده لهذه القاعدة على عدم وجود ما ينقضها فى القوانين المعنية وهى القانون الفرنسى والقانون السويسرى وقانون الدولة الطرف.

وفى نفس الاتجاه أيضا، حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٠٧ لسنة ١٩٧٠(١). وفى هذه القضية نازعت الدولة الطرف (المدعى عليها) فى اختصاص المحكم وذلك على أساس بطلان شرط التحكيم من حيث الشكل لعدم توافر الشروط الشكلية المنصوص عليها فى القانون الألمانى الذى قرر الأطراف تطبيقه على العقد. ولكن المحكم رفض هذا الادعاء مقررا أنه «من حق المحكم وحده، وفقا لأحكام المادة ٢/١٢ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، اتخاذ أى قرار فيما يتعلق باختصاصه». ثم أضاف المحكم «أن هذا الحل يعد مطابقا لنية الأطراف المشتركة والتى عبروا عنها فى المادة (١١) من العقد. حيث لم يكتف الأطراف بترديد الصيغة المعتادة فى الإحالة إلى التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، بل إنهم بالإضافة إلى ذلك قد اهتموا ببيان أن المحكم يجب أن يفصل وفقا لقواعد تحكيم الغرفة. ومن ثم يكون الأطراف قد أرادوا منح المحكم الاختصاص بالفصل فى اختصاصه ما دام أنهم قد أشاروا صراحة إلى قواعد تحكيم الغرفة، وأن هذه القواعد تنص على اختصاص المحكمة بالفصل فى اختصاصه».

ويمكن أن نخلص من هذا الحكم، أن المحكم قد استند فى تأكيده لمبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى نص المادة ٢/١٢ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية وعلى نية الأطراف التى استخلصها من الإحالة الصريحة الواردة فى شرط التحكيم إلى قواعد تحكيم هذه الغرفة. ويلاحظ أن المحكم فى هذه القضية لم يستند فى تأكيده لهذا المبدأ على أى قانون وطنى معين.

---

(١) انظر:
Sentence rendue dans L'affaire No. 1507 en 1970, clunet, 1974, P. 913.

وفى نفس الاتجاه حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٥٢١ فى سنة ١٩٧٥ فى النزاع الذى ثار بين إحدى الشركات الفرنسية ومؤسسة عامة لإحدى الدول الأفريقية(١). ففى هذه القضية، رفضت المؤسسة العامة تعيين محكمها ونازعت فى اختصاص المحكم المعين من قبل محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية وذلك بحجة أن نظامها كمؤسسة عامة يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، هذا بالإضافة إلى أن هذه المؤسسة قدرت أن مسألة اختصاص المحكم لا يمكن البت فيها إلا من قبل المحاكم الوطنية فى الدولة التابعة لها.

بيد أن المحكم - والذى اتخذ من جنيف بسويسرا مقرا للتحكيم - أكد فى هذه القضية على اختصاصه بالفصل فى اختصاصه مستندا فى ذلك على قانون المرافعات المدنية والتجارية فى الدولة التابع لها المؤسسة العامة المتعاقدة والذى ينص على أنه «إذا ثارت مسألة أولية ليست من اختصاص المحكمين ... وجب عليهم إيقاف الفصل فى الدعوى إلى حين صدور حكم فيها من القضاء المختص». ولما كانت صحة شرط التحكيم لا يمكن إعتبارها مسألة أولية، فإن هذا يعد دليلا كافيا على تأكيد حق المحكم فى الفصل فى اختصاصه. كما استند المحكم فى ذلك على نص المادة ٢/١٣ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية والتى تعترف للمحكم بالاختصاص بالفصل فى اختصاصه. وقد أضاف المحكم إلى جانب ذلك أن سلطة المحكم فى الفصل فى اختصاصه تعتبر مبدأ رئيسيا ومعترفا به عموما فى قانون التحكيم.

وكذلك الأمر حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٤٧٦ فى سنة ١٩٧٦(٢). فى النزاع الذى ثار بين شركة إيطالية وأخرى

---

(١) راجع:

Sentence intérimaire rendue dans l'affaire No 2521 en 1975, clunet, 1976, P. 997, Obs, Y. Derains.

(٢) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire No. 2476 en 1976, clunet, 1977, P. 936, Obs, Y. Derains.

سويسرية. ففى هذه القضية تمسكت الشركة الإيطالية بعدم اختصاص محكمة التحكيم إستنادا على باعثين: ١- بطلان العقد الأصلى المبرم بينها وبين الشركة السويسرية والمتضمن اشرط التحكيم. ٢- أن اختصاص المحكمين يتعارض مع الاختصاص المقصور La compétence exclusive للمحاكم الإيطالية مما يفقد حكم التحكيم قوته التنفيذية فيما لو صدر.

بيد أن محكمة التحكيم قضت برفض الدفع بعدم اختصاصها مستندة فى ذلك على المادة (٤/١٣) من قواعد غرفة التجارة الدولية - والمقابلة للمادة ٤/٨ من قواعد التحكيم الجديدة السارية منذ سنة ١٩٧٥ - وذلك بقولها «وفقا للمادة ٤/١٣ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية فإن الادعاء ببطلان العقد الأصلى أو عدم وجوده لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. فإذا تأكد المحكم من صحة شرط التحكيم فإنه يظل مختصا حتى فى حالة بطلان العقد الأصلى أو عدم وجوده وذلك من أجل تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف والفصل فى طلباتهم. وبناء عليه، تعترف محكمة التحكيم باختصاصها بالفصل فى هذا النزاع وذلك بعد أن تأكدت من عدم وجود اتفاق بين الأطراف يتعارض مع التأكيد على اختصاصها ...» ثم أضافت المحكمة «ان هذا الحل ليس مقررا فقط فى قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، بل أيضا فى القانون السويسرى باعتباره قانون البلد مقر التحكيم». وهكذا، اعترفت محكمة التحكيم باختصاصها مستندة فى ذلك على قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية وكذلك أيضا على أحكام القانون السويسرى باعتباره قانون مقر التحكيم.

وقد رفضت محكمة التحكيم أن يكون لقانون الدولة التى يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم أى أثر على اختصاصها، مؤكدة على أنه «لا يوجد مطلقا ارتباط بين مسألة التنفيذ اللاحق لحكم التحكيم ومسألة اختصاص محكمة التحكيم، فالمسألتان مستقلتان، كما أن اختصاص محكمة التحكيم ليس مشروطا بأن يكون حكم التحكيم قابلا للتنفيذ، وأن مسألة القوة التنفيذية لحكم التحكيم لا تدخل ضمن اختصاص محكمة التحكيم ...».

بيد أننا نرى أنه إذا كان صحيحا أن قانون دولة التنفيذ ليس له تأثير على مسألة اختصاص المحكم، حيث أن المحكم غالبا لا يعرف مسبقا الدولة التى من المحتمل أن يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم، وأن مسألة القوة التنفيذية لحكم التحكيم تثور فى مرحلة لاحقة ولا تدخل ضمن اختصاص المحكم، إلا أن هذا القول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه. فهناك العديد من الحالات التى يتدخل فيها قانون دولة التنفيذ، ويجب على المحكمين مراعاته. ويمكن أن نضرب مثلا لذلك. عندما يكون اختصاص المحكم متنازعا فيه إستنادا إلى عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. فى هذا الفرض لكى يفصل المحكم فيما إذا كان النزاع المعروض عليه يقبل أم لا يقبل التسوية بطريق التحكيم - ويفصل بالتالى فى مسألة اختصاصه - يجب عليه تحديد القانون واجب التطبيق على مسألة قابلية النزاع للتحكيم. ومن المعروف - على نحو ما رأينا - أنه إذا كانت قابلية النزاع للتحكيم تعد شرطا لصحة اتفاق التحكيم، ومن ثم تخضع للقانون الذى يحكم هذا الاتفاق، فإنها تعتبر فى نفس الوقت شرطا لتنفيذ حكم التحكيم وتخضع بهذه المثابة لقانون دولة التنفيذ.

وعلى ذلك، يجب على المحكم إذا أراد لحكمه أن يحصل على القوة التنفيذية أن يأخذ فى الاعتبار قانون دولة التنفيذ. فإذا كان يقرر قابلية النزاع المعروض على المحكم للتسوية بطريق التحكيم، فإن للمحكم أن يرفض الدفع بعدم الاختصاص المبنى على عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم. أما إذا كان قانون دولة التنفيذ يقضى بعدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم فإن على المحكم فى هذه الحالة أن يقضى بعدم اختصاصه منذ البداية. إن القول بغير ذلك معناه إضاعة الوقت والجهد، والاستمرار فى إجراءات التحكيم وإصدار حكم سوف يقضى القضاء ببطلانه أو يرفض تنفيذه والاعتراف به نظرا لعدم اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع.

وإلى جانب ما تقدم، هناك العديد من أحكام التحكيم الصادرة فى

إطار غرفة التجارة الدولية بباريس، والتى أقرت مبدأ اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه(١).

خلاصة القول أن القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وأحكام التحكيم الصادرة فى إطار المعاملات الدولية الخاصة، قد أكدت جميعها على اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه عند المنازعة فيه، ولا جدال فى انطباق هذا المبدأ فى مجال التحكيم فى عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة أو الأجهزة التابعة لها والشركات الأجنبية.

وقد أخذت بهذا الحل الأحكام الصادرة من محاكم التحكيم التى شكلت للفصل فى المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

ويعتبر من أهم هذه الأحكام وأحدثها حكم التحكيم التمهيدى La sentence préliminaire الصادر فى كوبنهاجهن بالدنمارك بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ B.Gomard فى ١٤ يناير لسنة ١٩٨٢، وذلك فى النزاع الذى ثار بين الشركة الوطنية الايرانية (والمسماة نيوك) والشركة الفرنسية Elf Aquitaine(٢). ففى هذا الحكم أكد المحكم على أن

---

(١) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire No. 3987 en 1983, clunet, 1984, P. 943. Sentence rendue dans l'affaire No. 3383 en 1979, clunet, 1980, P. 978.; Sentence intérimaire rendue dans l'affaire No. 5065 en 1986, clunet, 1987, P. 1039.

(٢) أنظر الحكم منشور فى:

Rev. arb., 1984, P. 401, Spéc, PP. 412 - 413.

حيث يذكر الحكم بالفرنسية أن:

C'est un principe fondamental dans l'arbitrage international, reconnu dans les traités portant sur l'arbitrage, dans plusieurs sentences arbitrales, et par la doctrine relative au droit de l'arbitrage qu'un arbitre a «Competénce sur la competence».

«اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه يعتبر مبدأ رئيسيا فى مجال التحكيم الدولى، ومعترفا به بواسطة المعاهدات الدولية حول التحكيم، والعديد من أحكام التحكيم، والفقه المتخصص فى قانون التحكيم».

وقد أخذ بنفس الحل المحكم «ديبوى» فى قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية. فقد أكد المحكم فى قضية تكساكو، بموجب الحكم التمهيدى الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٧٥، على أن من حق المحكم وحده الفصل فى مسألة اختصاصه(١).

كما أخذ بنفس الحل أيضا المحكم «محمصانى» فى قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية. وذلك عندما أكد فى الحكم الصادر فى ٢١ إبريل سنة ١٩٧٧ على أن لمحكمة التحكيم الاختصاص المقصور Compétence exclusive للفصل فى جميع المسائل المتنازع فيها. وليس لأى محكمة أو سلطة أخرى أى اختصاص فى هذا الخصوص(٢).

---

(١) راجع:
LALIVE (J.F.), Un grand arbitrage pétrolier ...... Op. Cit., P. 327.

(٢) راجع:
Sentence rendue `a Geneve le 21 Avril 1977, Rev. Arb., 1980, P. 146.

حيث يذكر الحكم أن:
«Le tribunal arbitral constitue conformément aux dites clause et procedure devrait avoir compétence exclusive sur les questions faisant l'objet du litige. Aucun autre tribunal ou aucune autre autorité, locale ou autre, n a compétence en la matière».

المبحث الثانى

عدم اختصاص القضاء الوطنى

إن الأثر الفذ على حد تعبير بعض الفقهاء(١)، الذى يترتب على اتفاق التحكيم هو سلب النزاع من ولاية القضاء الوطنى ونقله إلى ولاية المحكمين. ويحدث اتفاق التحكيم هذا الأثر سواء كان فى صورة شرط تحكيم أو فى صورة اتفاق تحكيم مستقل.

ويعتبر هذا الأثر أمرا بديهيا، فمن أجل ضمان تطبيق واحترام اتفاق التحكيم فإنه من الضرورى أن يقابل الأثر الايجابى والمتمثل فى اختصاص محكمة التحكيم، أثر سلبى ألا وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل فى النزاع الذى اتفق الأطراف على إخضاعه للتحكيم(٢).

وإذا كانت قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية مقررة من قبل الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم والاتفاقيات الدولية لدرجة أن بعض الفقهاء(٣) يرى أنها أصبحت مبدأ من المبادىء الموضوعية فى القانون عبر الدولى. بيد أنه لإعمال هذه القاعدة يجب توافر شروط معينة. كما أن هذه القاعدة ترد عليها بعض القيود فالسلطات القضائية يمكنها التدخل سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها أو بعد صدور حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها.

ونعرض فيما يلى لقاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية وشروط تطبيقها، ثم للقيود التى ترد عليها أو بعبارة أخرى، لنطاق عدم الاختصاص القضائى، كل فى مطلب مستقل.

---

(١) انظر: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٦، بند ١٢٩.

(٢) انظر فى نفس المعنى:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc. 586-5-1, No. 69.

(٣) انظر: Ibid

المطلب الأول

قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية وشروط تطبيقها

يمكن القول بوجه عام أن كل القوانين الوطنية التى أجازت للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد أخذت من حيث المبدأ بقاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التى أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون السويسرى الجديد للتحكيم الدولى الخاص لسنة ١٩٨٧، فقد نصت المادة (٧) منه على أنه «١ - إذا ابرم الأطراف اتفاق تحكيم بشأن نزاع يقبل التسوية بطريق التحكيم، فإن على المحكمة القضائية المرفوع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها ...». فكما هو واضح من النص، لقد رتب المشرع السويسرى على وجود اتفاق التحكيم عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر النزاع، كما الزم المحكمة القضائية إذا ما رفع إليها أحد الطرفين نزاعا أبرم بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضى بعدم اختصاصها.

كذلك الأمر بالنسبة للقانون الأيرلندى بشأن التحكيم الصادر فى ٢ يوليو لسنة ١٩٨٦. فقد نصت المادة (١٠٢٢) منه على أنه «١- يجب على المحكمة المعروض عليها نزاع أبرم الأطراف بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضى بعدم اختصاصها ...».

وفى نفس الاتجاه القانون الأسبانى بشأن التحكيم رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨، فقد نصت المادة (١/١١) منه على أن «يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بالخضوع لما تم الاتفاق عليه فيه، ويمنع القضاة والمحاكم من نظر المنازعات الخاضعة للتحكيم ...».

كما يمكن أن نذكر أيضا القانون الفرنسى الجديد بشأن التحكيم. فقد نصت المادة (١٤٥٨) من هذا القانون على أنه «إذا رفع

---

(١) راجع النص والتعليق عليه:
Lalive (P.), Poudret (J-F), et Reymond (C.), Op. Ci., PP. 282 - 288.

النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم على قضاء الدولة، يجب على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه. وإذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع، يجب أيضا على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه ...». وعلى الرغم من أن هذا النص المذكور قد ورد فى الباب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالتحكيم الداخلى، إلا أن أحكام القضاء الفرنسى قد طبقت القاعدة المنصوص عليها فى هذه المادة على التحكيم فى مجال المعاملات الدولية الخاصة. فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية صراحة فى حكمها الصادر فى ٢٨ يونيه لسنة ١٩٨٩(١) على أن المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات تطبق أيضا على التحكيمات الدولية.

ويرى جانب من الفقه(٢) أن تطبيق نص المادة (١٤٥٨) على التحكيم فى مجال المعاملات الدولية الخاصة له ما يبرره من ناحيتين: فمن ناحية إن هذا النص يتعلق باختصاص القضاء الفرنسى. وبناء عليه، فإن هذا القضاء لا يمكنه أن يقرر اختصاصه أو عدم اختصاصه، سواء الداخلى أو الدولى، إلا بالتطبيق للقانون الفرنسى. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا النص وإن كان قد ورد ضمن القسم الخاص بالتحكيم فى مجال المعاملات الداخلية، إلا أن صياغته جاءت مطلقة بحيث يطبق على كل اتفاق تحكيم سواء أكان داخليا أم دوليا. ومن ناحية ثانية، فإن قاعدة عدم اختصاص محاكم القضاء الوطنى بالنزاع الذى يكون موضوعا لاتفاق تحكيم تعتبر قاعدة عبر دولية Transnational يجب مراعاتها أيا كان القانون الوطنى واجب التطبيق كما يشهد بذلك التقرير الصريح لهذه القاعدة بواسطة العديد من القوانين الوطنية الحديثة بشأن التحكيم، والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم فى مجال المعاملات الدولية الخاصة.

---

(١) راجع الحكم منشور فى:
Rev. Arb., 1989, P. 635, note. Ph. Fouchard.

(٢) انظر:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl., dr. int., Fasc. 586-5-1, No. 72.

وعلى صعيد البلدان العربية، فإن العديد من التشريعات التى صدرت مؤخرا بشأن التحكيم قد أقرت صراحة قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التى أتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. ومن ذلك يمكن أن نذكر قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الجديد بشأن التحكيم لسنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة (٢٠٢/٥) منه على أنه «إذا اتفق الأطراف فى شأن نزاع معين على اللجوء إلى التحكيم، فلا يجوز حمل هذا النزاع أمام المحاكم القضائية ...».

كما يمكن أن نذكر أيضا القانون المصرى الجديد بشأن التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣) من هذا القانون على أنه «يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى ...».

وإذا انتقلنا من مجال القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم إلى القانون الاتفاقى الدولى، نجد أن بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم قد نصت صراحة على قاعدة عدم اختصاص القاضى الوطنى بنظر المنازعات التى اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم.

فقد أخذ بهذه القاعدة بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه على أنه «على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع متعلق بعقد مبرم بين الأشخاص المشار إليهم فى المادة الأولى (الأشخاص الخاضعون بالتبادل لقضاء الدول المتعاقدة) ومتضمن شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم مستقل صحيح طبقا للمادة المذكورة وقابل للتطبيق، أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى قضاء المحكمين». ويتضح من هذا النص أن البروتوكول قد أخذ بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، أى بقاعدة عدم اختصاص القضاء الوطنى بنظر النزاع الذى اتفق الأطراف بشأنه على اللجوء إلى التحكيم(١).

(١) راجع فى هذا النص والتعليق عليه:
FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 118, No. 207.; GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 6 etS.; DAVID (R.), Op. Cit., P. 298, No. 238.

كما أخذت بهذه القاعدة اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من هذه الاتفاقية على أنه «على محكمة الدولة المتعاقدة، المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم بالمعنى الوارد فى هذه المادة أن تحيل الأطراف للتحكيم ...».

كما أخذ بهذه القاعدة أيضا القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من هذا القانون على أنه «على المحكمة المطروح عليها نزاع فى مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل هؤلاء الأطراف إلى التحكيم ...».

أما بالنسبة للاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم لسنة ١٩٦١ فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة منها على أنه «فى الحالة التى تكون فيها إجراءات التحكيم قد بدأت قبل أى لجوء إلى محكمة قضائية، فإن على المحاكم القضائية للدول المتعاقدة المعروض عليها فى وقت لاحق طلب ينصب على نفس النزاع وبين نفس الأطراف أو طلب بتقرير أو اثبات عدم وجود أو بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم، إيقاف الفصل فى اختصاص المحكم إلى حين صدور حكم التحكيم، مالم تكن هناك بواعث خطيرة».

يتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية لم تعالج سوى الفرض الذى تكون فيه إجراءات التحكيم قد بدأت وتم عرض النزاع بالفعل على محكمة التحكيم، ثم يلجأ أحد الطرفين إلى القاضى الوطنى عارضا نفس النزاع، فى وقت لاحق على بدء خصومة التحكيم، أو يلجأ إليه طالبا تقرير عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه. وفى هذا الفرض، لم تلزم الاتفاقية القاضى بإعلان عدم اختصاصه، ولكن الزمته فقط بإيقاف الفصل فى هذا الطلب حتى صدور حكم التحكيم. ومعنى هذا أنه لا يجوز للقاضى الوطنى التدخل إلا فى المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم، أى أثناء منح القوة التنفيذية أو بصدد دعوى بطلان حكم التحكيم.

وبالنسبة لاتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار لعام

١٩٦٥، فإنها لم تتضمن نصا يقرر صراحة الأثر المانع لاتفاق التحكيم، أى عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر النزاع المتفق على اللجوء بشأنه إلى التحكيم، ومع ذلك يمكن استخلاص هذه القاعدة من نص المادة (٢٦) من هذه الاتفاقية والتى نصت على أن «رضاء الأطراف بالخضوع للتحكيم فى إطار هذه الاتفاقية يتضمن تنازلا عن اللجوء إلى أى طريق آخر، مالم يوجد اتفاق مخالف. حيث يجوز للدولة المتعاقدة أن تتطلب إستنفاد الطرق الإدارية أو القضائية الداخلية كشرط لرضاءها بالخضوع للتحكيم فى إطار هذه الاتفاقية».

يستفاد من هذا النص أنه متى اتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم لدى المركز الدولى فإن ذلك يعتبر تنازلا عن الإلتجاء إلى أى طريق آخر لتسوية المنازعات التى تثور بينهما. ومن ثم إذا حاول أحد الطرفين تعطيل اللجوء إلى التحكيم أو عرقلة إجراءاته وسحب الطرف الآخر إلى القضاء الوطنى فإن على القاضى الوطنى أن يعلن عدم اختصاصه وأن يحيل الأطراف إلى التحكيم لدى المركز. ومع ذلك أجازت الاتفاقية - إستثناء على هذه القاعدة - للدولة المتعاقدة أن تتفق مع الطرف الآخر على إستنفاذ طرق التقاضى الداخلية قبل اللجوء إلى التحكيم لدى المركز. وفى هذه الحالة، يتعين إحترام هذا الشرط(١).

خلاصة القول: أن قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بنظر المنازعات التى اتفق بشأنها على اللجوء إلى التحكيم نصت عليها صراحة معظم التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم، وكذلك أيضا الاتفاقيات الدولية.

بيد أن هناك تساؤلات عدة يمكن أن تثور، حيث يثور التساؤل عما إذا كان يشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت قبل رفع النزاع أمام المحكمة القضائية أم أنه يجب إعمال هذه القاعدة

---

(١) فى نفس المعنى تقريبا راجع:
DELAUME (G.), le centre international ..., Op. Cit., P. 810 etS.

حتى قبل البدء فى إجراءات التحكيم؟ كما يثور التساؤل عما إذا كان يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يتمسك الطرف الآخر بالتحكيم أم أنه يجوز للقاضى أن يقضى بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه؟ وأخيرا، هل يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقائما؟

فيما يتعلق بالتساؤل الأول يمكن الإجابة عليه بالقول بأنه لا يشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل واتصلت محكمة التحكيم بالنزاع، إذ أن هذه القاعدة تعد أثرا من آثار اتفاق التحكيم، وبالتالى فإنها تترتب على هذا الاتفاق بمجرد إبرامه.

ويستفاد هذا الحل من نصوص القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية التى نصت على هذه القاعدة ذاتها. فهذه النصوص لم تشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون أحد الطرفين قد بدأ بالفعل فى إتخاذ إجراءات التحكيم. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، جاءت هذه النصوص بعبارات مطلقة بحيث يستفاد منها أن على القاضى الوطنى أن يقرر عدم اختصاصه سواء أكان النزاع قد عرض عليه قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت واتصلت محكمة التحكيم بالنزاع(١).

وفيما يتعلق بالتساؤل الثانى، فيمكن القول بأن كافة التشريعات المتعلقة بالتحكيم قد تطلبت لإعمال هذه القاعدة أن يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل الدخول أو الكلام فى الموضوع. ويعتبر هذا الشرط بديهيا، لأنه لو حدث وحضر المدعى عليه أمام المحكمة القضائية وبدأ فى الكلام حول الموضوع دون أن يتمسك بوجود اتفاق التحكيم، فإن ذلك يعتبر تنازلا منه عن اللجوء إلى التحكيم، ومن ثم يكون من حق المحكمة القضائية الاستمرار فى نظر النزاع والفصل فيه.

ومن هذه التشريعات يمكن أن نذكر القانون السويسرى الجديد بشأن

---

(١) فى نفس المعنى راجع: د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ...، المرجع السابق، ص ٤٤٢ ومابعدها، بند ٢٢٢، خصوصا ص ٤٤٦.

التحكيم. فقد نصت المادة (١/٧) منه على أنه «إذا أبرم الأطراف اتفاق تحكيم بشأن نزاع يقبل التسوية بطريق التحكيم، فإن على المحكمة القضائية المرفوع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها إلا إذا: - أ - تكلم المدعى عليه فى الموضوع دون أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة ...»(١).

وكذلك أيضا القانون الأيرلندى، فقد نصت المادة (١/١٠٢٢) من هذا القانون على أنه: «يجب على المحكمة المعروض عليها نزاع أبرم الأطراف بشأنه اتفاق تحكيم أن تقرر عدم اختصاصها إذا تمسك أحد الأطراف بوجود هذا الاتفاق قبل كل دفاع فى الموضوع ...».

كما أخذ بنفس الحل القانون الأسبانى، فقد نصت المادة (٢/١١) من هذا القانون على أنه: «يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بالخضوع لما تم الاتفاق عليه فيه، ويمنع القضاة والمحاكم من نظر المنازعات الخاضعة للتحكيم، وذلك منذ اللحظة التى يتمسك فيها الطرف صاحب المصلحة بالدفع بعدم الاختصاص فى بداية التقاضى».

كما أخذ بنفس الحل قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، فقد نصت المادة (٥/٢٠٣) من هذا القانون على أنه: «إذا اتفق الأطراف على التحكيم فى شأن نزاع ما، لا يجوز حمل هذا النزاع أمام المحاكم القضائية. ومع ذلك إذا لجأ أحد الأطراف إلى هذه المحاكم على الرغم من وجود اتفاق التحكيم ولم يعارض الطرف الآخر فى أول جلسة، فإن هذه المحاكم تستمر فى نظر الدعوى ويعتبر اتفاق التحكيم كأن لم يكن».

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المصرى، فقد نصت المادة (١/١٣) من هذا القانون على أنه: «يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى».

---

(١) راجع:
Lalive (P.), Poudret (J-F.), Reymond (C.), Op. Cit., P. 282 etS.

كما تبنت هذا الحل الاتفاقيات الدولية. فقد نصت المادة (١/٤) من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣ على أنه: «على محاكم الدول المتعاقدة المطروح عليها نزاع متعلق بعقد ... ومتضمن اتفاق تحكيم أو شرط تحكيم .... أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى قضاء المحكمين»(١). كما نصت المادة (٢/٣) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ على أنه: «على محكمة الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم ... أن تحيل الأطراف للتحكيم وذلك بناء على طلب أحدهم ...»(٢).

وكذلك أيضا الاتفاقية الأوربية. فقد نصت المادة (١/٦) منها على أنه: «يجب على المدعى عليه التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة القضائية المطروح عليها النزاع من قبل أحد طرفى اتفاق التحكيم قبل أو عند تقديم أوجه دفاعه حول الموضوع وإلا سقط الحق فيه ...»(٣).

كما أخذ بهذا الحل أيضا القانون النموذجى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥، فقد نصت المادة (١/٨) من هذا القانون على أنه «على المحكمة المطروح عليها نزاع فى مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الأطراف فى موعد أقصاه تقديم طلباته الأولى حول الموضوع ...».

مجمل القول أن القاضى الوطنى الذى يرفع أحد الطرفين أمامه

---

(١) راجع:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 6 etS. Spéc. No. 10.

(٢) فى نفس المعنى راجع: Ibid, No. 25. وأيضا د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ص ٢٢٩ - ٢٣٠، بند ٢٤٠، د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات .... المرجع السابق، ص ٤٤٠، بند ٢٢١.

(٣) فى نفس المعنى أنظر:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 40.

نزاعا بشأن مسألة اتفق بصددها على اللجوء إلى التحكيم، لا يجوز له أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر هذا النزاع من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم وذلك قبل الكلام فى الموضوع.

وفيما يتعلق بالتساؤل الثالث، وهو هل يشترط لإعمال قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطنى أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقابلا للتطبيق؟، لقد أجابت النصوص القانونية ذاتها على هذا التساؤل. ويمكننا فى هذا الصدد أن نميز بين اتجاهين:

الاتجاه الأول: يخول المحكمة القضائية سلطة فحص اتفاق التحكيم للتأكد من مدى صحته أو بطلانه وما إذا كان قابلا للتطبيق من عدمه، ويعفى المحكمة القضائية من الالتزام بتقرير عدم اختصاصها بنظر النزاع، ويحتفظ لها بالحق فى نظر النزاع والفصل فيه إذا ما ثبت لديها أن اتفاق التحكيم باطل أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق، وذلك دون أدنى تفرقة بين ما إذا كان النزاع قد رفع إليها قبل بدء إجراءات التحكيم أم بعد أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت واتصلت محكمة التحكيم بالنزاع.

وقد أخذت بهذا الاتجاه غالبية التشريعات الوطنية. فقد أخذ به القانون السويسرى للتحكيم، حيث نصت المادة (١/٧) منه على أنه: «... على المحكمة القضائية المرفوع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها إلا إذا ... أثبتت المحكمة ان اتفاق التحكيم لاغ أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق أو إذا كان من غير الممكن تشكيل محكمة التحكيم لأسباب راجعة إلى المدعى عليه»(١).

كما أخذ بنفس الاتجاه أيضا القانون الأيرلندى للتحكيم، حيث نصت المادة (١/١٠٢٢) منه على أنه: «... يجب على المحكمة أن تقرر عدم اختصاصها ... اللهم إلا إذا كان هذا الاتفاق غير صحيح».

---

(١) راجع:
Lalive (P.), Poudret (J-.F), Reymond (C.), Op. Cit., P. 282 etS.

كما تبنت هذا الاتجاه أيضا الاتفاقيات الدولية. فقد أخذ بهذا الاتجاه بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة على التزام المحاكم القضائية بأن تحيل الأطراف إلى قضاء المحكمين، نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه «ومع ذلك، فإن هذه الإحالة لا تمس اختصاص المحاكم فى الحالة التى يكون فيها اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم لاغيا أو غير ذى أثر». فكما هو واضح من النص، لقد أعطى البروتوكول للمحاكم القضائية الحق فى نظر النزاع والفصل فيه فى الحالة التى يكون فيها اتفاق التحكيم لاغيا أو غير فعال. وهذا معناه أن البروتوكول يعطى للقاضى الوطنى سلطة التثبت من صحة اتفاق التحكيم وأنه ما زال قائما ومنتجا لآثاره(١).

كما أخذت بهذا الحل أيضا اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، حيث نصت المادة (٢/٢) منها على أنه «على محكمة الدولة المتعاقدة .... أن تحيل الأطراف للتحكيم .... إلا إذا ثبت للمحكمة أن هذا الاتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق»(٢).

أما بالنسبة للاتفاقية الأوربية فإنها لم تواجه سوى فرض واحد وهو الفرض الذى يعرض فيه النزاع على المحكمة القضائية بعد أن تكون إجراءات التحكيم قد بدأت. وفى هذا الفرض، نصت الاتفاقية فى المادة

---

(١) راجع:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 6 etS. FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 118, No. 207.; DAVID (R.), Op. Cit., P. 298, No. 238.

(٢) فى نفس المعنى راجع:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 21.
وأيضا د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ص ٢٢٩ - ٢٣٠، بند ٢٤٠. وانظر مع المزيد من التفاصيل: د.سامية راشد، التحكيم فى العلاقات ....، المرجع السابق، ص ٤٦٢ ومابعدها، بند ٢٢١ ومابعده.

(١/٦) منها على أنه يجب على المحاكم القضائية ايقاف الفصل فى اختصاص المحكم إلى حين صدور حكم التحكيم، مالم تكن هناك بواعث خطيرة. ويتضح من هذا النص أن الاتفاقية قد الزمت القاضى الوطنى بايقاف الفصل فى الطلب المقدم إليه. ومع ذلك أجازت الاتفاقية للقاضى الوطنى إستثناء ولأسباب حرصت على التأكيد على أن تكون خطيرة ألا يأمر بوقف الفصل فى الطلب وأن يستمر فى نظره والفصل فيه. فإذا قضى بقبول الطلب فمعنى ذلك سلب اختصاص محكمة التحكيم، فيمتنع عليها مواصلة نظر النزاع، وإذا كان حكم التحكيم قد صدر اعتبر كأن لم يكن(١).

ولكن على الرغم من أن الاتفاقية قد أعفت القاضى الوطنى من ايقاف الفصل فى الطلبات المقدمة إليه عند وجود بواعث خطيرة Motifs Graves، إلا أنها لم تحدد ماهية هذه البواعث ولم تقدم أمثلة لها ويمكن القول بأن بطلان اتفاق التحكيم المبنى على بواعث من النظام العام بالمفهوم الدولى يعد باعثا خطيرا يعفى القاضى من إيقاف الفصل فى الدعوى، ويعطى له الحق فى الاستمرار فى نظرها والفصل فيها(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥ قد أخذ أيضا بهذا الاتجاه. فقد نصت المادة (١/٨) منه على أنه «على المحكمة ... أن تحيل الأطراف إلى التحكيم ... مالم يتضح لها أن الاتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتنفيذ».

---

(١) فى نفس المعنى راجع:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 35.; DAVID (R.), Op. Cit., P. 300, No. 238.; KOPELMANANS (L.), la place de la convention européenne sur ... Op. Cit., P. 342.

وأيضا د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٨، بند ١٤٠.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc 586-5-2, No. 35.

• الاتجاه الثانى ويفرق بين فرضين: الأول عندما يكون النزاع معروضا على محكمة التحكيم ثم يرفع أحد الطرفين دعوى أمام المحكمة القضائية منصبة على نفس النزاع. والثانى عندما يرفع أحد الطرفين النزاع أمام المحكمة القضائية قبل أن تكون محكمة التحكيم قد شكلت واتصلت بالنزاع. وفى كل من الفرضين، يجب على القاضى الوطنى أن يقرر عدم اختصاصه، بيد أنه يجوز للقاضى فى الفرض الثانى فحسب عدم تقرير اختصاصه إذ أثبت البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم.

وصاحب هذا الاتجاه هو المشرع الفرنسى. فقد نصت المادة (١٤٥٨) من قانون المرافعات الفرنسى بشأن التحكيم على أنه «إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم على قضاء الدولة، يجب على هذا القاضى أن يقرر عدم اختصاصه. وإذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع، يجب أيضا على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه، إلا إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان».

وكما هو واضح من النص، فرق المشرع بين الفرض الذى ترفع فيه الدعوى أمام القاضى بعد أن تكون محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع، والفرض الذى ترفع فيه الدعوى أمام القاضى قبل البدء فى إجراءات التحكيم. وأوجب على القاضى فى كلتا الحالتين أن يقضى بعدم اختصاصه، بيد أنه أجاز فى الفرض الثانى دون الأول، للقاضى الوطنى تقرير اختصاصه بالفصل فى النزاع إذا تبين له البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم. ويقصد بالبطلان الظاهر لاتفاق التحكيم أن يكون هذا البطلان واضحا Evidente وغير قابل للمنازعة فيه Incontestable[١]. وبعبارة أخرى أن يكون البطلان ظاهرا للعيان Sautant aux yeux بحيث يكتشفه القاضى بمجرد الاطلاع على اتفاق التحكيم دون أن يكون من الضرورى إجراء فحص متعمق لاكتشافه[٢].

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), La coopération du président du tribunal de grande instance à L'arbitrage, Rev. Arg., 1985, P. 27.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc 586-5-1, No. 74.

ونحن نرى أن هذه التفرقة التى أخذ بها القانون الفرنسى تعتبر تفرقة منطقية، وذلك لأنه فى الفرض الذى تكون فيه الدعوى قد رفعت أمام القاضى بعد أن تكون محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع، يكون من حق هذه الأخيرة وحدها الفصل فى مدى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، وذلك عملا بقاعدة اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه مادام أن النزاع معروضا عليه(١).

والقول بغير ذلك معناه السماح للطرف سيء النية فى أن يسحب الطرف الآخر من منصة قضاء التحكيم المعروض عليه النزاع، والمتفق على اللجوء إليه، إلى منصة القضاء الوطنى، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، السماح للقضاء الوطنى أن يفصل فى مدى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه، ومن ثم الفصل فى مدى اختصاص المحكم من عدمه وهو ما يعتبر تعديا على قاعدة اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه تلك القاعدة التى أقرتها الاتفاقيات الدولية وكافة التشريعات الوطنية على نحو ما رأينا.

ولكن إذا كنا نؤيد هذه التفرقة التى أخذ بها المشرع الفرنسى، بيد أننا نختلف معه فى الحل الذى أخذ به فى الفرض الذى يعرض فيه النزاع على القاضى الوطنى قبل أن تكون محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع، ونرى أنه، فى هذا الفرض يكون من حق القاضى الوطنى أن يفحص اتفاق التحكيم للتأكد من مدى صحته أو بطلانه أو إمكان تطبيقه. فإذا ما انتهى القاضى إلى أن اتفاق التحكيم صحيح ومازال قائما ومنتجا لآثاره، حكم بعدم اختصاصه، وإذا ما انتهى إلى عكس ذلك، حكم باختصاصه بنظر النزاع والفصل فيه.

هذا ومما تجدر الإشارة إليه أن صياغة نص المادة (١٣) من قانون التحكيم المصرى الحالى والذى أوجب على المحكمة القضائية التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى قد جاءت

---

(١) عكس ذلك راجع: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ٤٨.

مطلقة دون أن تقترن بأى قيد أو شرط، وذلك فيما عدا شرطا واحدا وهو أن يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى. فهل يستفاد من ذلك أن على المحكمة القضائية أن تقضى بعدم قبول الدعوى فى جميع الأحوال دون أن يكون من حقها فحص مدى صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه؟

ذهب جانب من الفقه(١) إلى القول بأن القاضى المصرى لكى يقضى بعدم قبول الدعوى يجب أن نكون بصدد اتفاق تحكيم صحيح، وذلك لأن مناط الحكم بعدم قبول الدعوى هو وجود اتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد الوجود المادى لهذا الاتفاق. فالقاضى لا يتخلى عن حقه فى التصدى لموضوع النزاع المطروح عليه، إلا إذا تبين أن اتفاق التحكيم الذى يتمسك به أحد الأطراف، هو اتفاق صحيح ومنتج لآثاره، أما إذا تبين أنه أمام اتفاق تحكيم باطل فإن له رفض الدفع بعدم القبول والتصدى لنظر موضوع النزاع والفصل فيه.

ونرى أنه على الرغم من أن نص المادة (١٣) المذكور قد جاء طليقا من هذا الشرط، بيد أنه من الممكن الأخذ بهذا الحل فى مصر استنادا إلى نص المادة الأولى من قانون التحكيم والتى نصت على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية ...». ومن الجدير بالذكر أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والتى انضمت إليها مصر، تأخذ بهذا الحل على نحو ما سبق أن رأينا.

مجمل القول: أنه يترتب على اتفاق التحكيم، كقاعدة، عدم اختصاص القضاء الوطنى بنظر المنازعات التى اتفق بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. وأن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد نصت على عدم اختصاص القاضى الوطنى بنظر المنازعات التى اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، سواء أكان النزاع قد رفع إليه قبل البدء فى إجراءات

(١) انظر: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ٤٧، ص ٤٨.

التحكيم أو بعد ذلك. ولم تشترط لإعمال هذه القاعدة سوى توافر شرطين: الأول أن يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل الدخول فى الموضوع، والثانى أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقانونا ومنتجا لآثاره. وينسحب ذلك بالطبع على التحكيم فى إطار عقود البترول المبرمة بين الدول (أو الأجهزة التابعة لها) والشركات الأجنبية.

المطلب الثانى

نطاق عدم الاختصاص القضائى

L'étendu de la incompétence judiciaire

يترتب على اتفاق التحكيم من حيث المبدأ - على نحو ما رأينا - عدم اختصاص المحاكم القضائية الوطنية بالفصل فى المنازعات التى أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم، وذلك متى تمسك أحد الأطراف، أمام المحكمة المطروح عليها النزاع، بوجود اتفاق التحكيم، وكان هذا الاتفاق صحيحا ومنتجا لآثاره.

ولكن التساؤل الذى يثور هنا هو هل عدم الاختصاص القضائى عام وشامل، بمعنى أن المحكمة القضائية لا يجوز لها الفصل فى أى مسألة يمكن أن تنشأ بين الأطراف، وتتصل بالنزاع موضوع اتفاق التحكيم، أم أن هذه المحكمة يظل لها، مع وجود اتفاق التحكيم، الاختصاص ببعض المسائل.

فى الواقع، إن عدم اختصاص المحاكم القضائية المترتب على اتفاق التحكيم ليس معناه ألا يكون لهذه المحاكم دورا يمكن أن تؤديه فيما يتعلق بالنزاع الخاضع للتحكيم. ففى المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم، يكون لهذه المحاكم الاختصاص بالطعن ضد حكم التحكيم أو بطلب منح الحكم القوة التنفيذية والاعتراف به. بل وحتى قبل صدور حكم التحكيم، وهو ما يعنينا هنا، تحتفظ المحاكم الوطنية ببعض الاختصاص فى أحوال متنوعة، سواء عند بدء الخصومة أو أثناء إجراءات التحكيم(١).

---

(١) فى نفس المعنى انظر:

DAVID (R.), Op. Cit., P. 296, No. 236.

ويرجع السبب فى ذلك إلى أن التحكيم يتخذ أساسه من اتفاق الأطراف، وأن المحكم، على خلاف القاضى الوطنى، لايعد من أجهزة الدولة ولا يمارس سلطة قضائية ممنوحة له منها، ولا يستمد ولايته واختصاصه من القانون، بل إن المحكم فرد عادى يستمد ولايته واختصاصه وسلطاته من اتفاق الأطراف. زد على ذلك أن المحكم يفتقر إلى سلطة الأمر Imperium التى يحوزها قضاء الدولة، ومن ثم يكون المحكم فى حاجة إلى مساعدة القاضى الوطنى فى أداء مهمته(١).

ويمكن حصر الحالات التى يتدخل فيها القاضى منذ بدء إجراءات التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم فيما يلى:-

الحالة الأولى: تدخل القاضى الوطنى فى تشكيل محكمة التحكيم(٢):

قد يتفق الطرفان، فى اتفاق التحكيم، على المحكم أو المحكمين

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... J-CL, Dr. Int., fasc, 586-5-1, No. 75: DELAUME (G.), L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, Op. Cit., P. 530.

وفى نفس المعنى، راجع، د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى ....، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) انظر فى تدخل القاضى الوطنى فى تشكيل محكمة التحكيم:

SANDERS (P.), L'intervention du juge ......, Op. Cit., 238, Spec., P. 246, No. 7.; DROUILLAT (R.), L'intervention du juge dans la procedure arbitrale, Rev.Arb., 1980, P. 252, Spec, P. 255 Ets.; CAPATINA (O.), L'accès des tribunaux arbitraux `a l'entraide judiciaire internationale, clunet, P. 549, Spéc, P. 555 etS.; HOLTZMANN (H.M.), L'arbitrage et les tribunaux: des associes dans un système de justice internationale, Rev. Arb., 1978, P. 253, Spéc., P. 272 etS.; DELAUME (G.), L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, Op. Cit., P. 521, Spéc., P. 533 etS.; BERTIN (Ph.), L'intervention des juridictions au cours de la procedure arbitrale, Rev. Arb., 1982, P. 331, Spéc. P. 334 etSS.

الذين سيتولون الفصل فى موضوع النزاع، أو على الأقل. يبينان الطريقة التى سيتم على أساسها إختيار هذا المحكم أو هؤلاء المحكمين عند حدوث النزاع، وهو ما يحدث غالبا فى عقود البترول على نحو ما سنرى عند دراسة مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وفى هذه الأحوال، لن تكون هناك أى صعوبة فى تشكيل محكمة التحكيم، ومن ثم لن تكون هناك حاجة لتدخل القاضى الوطنى. وذلك إذا أعمل الطرفان ما اتفقا عليه فى عقدهما.

بيد أنه قد يحدث أن لا يتفق الطرفان على المحكم الوحيد أو المحكمين الذين سيتولون الفصل فى النزاع، ودون أن يبينا الطريقة التى يتم على أساسها اختيار هذا المحكم أو هؤلاء المحكمين عند حدوث النزاع بل وقد يحدث أيضا أن يمتنع أحد الطرفين عن تعيين المحكم الذى ينبغى عليه تعيينه أو يفشل المحكمان المعينان من قبل الطرفين فى الاتفاق على تعيين المحكم الثالث.

فى مثل هذه الحالات، ينبغى التفرقة بين فرضين: الفرض الأول عندما يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم لدى مركز أو مؤسسة دائمة للتحكيم، كما لو اتفقا على أن يتم التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس مثلا. وفى هذا الفرض لن تثور أى صعوبة فى تشكيل محكمة التحكيم، حيث يتم تشكيل المحكمة وفقا لقواعد التحكيم السارية لدى مركز أو مؤسسة التحكيم التى اتفق عليها الطرفان.

والفرض الثانى عندما يتفق الطرفان على اتباع أسلوب التحكيم الحر Ad Hoc أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة. وفى هذا الفرض تبدو الحاجة إلى تدخل القاضى الوطنى ومساعدته فى تشكيل محكمة التحكيم.

وقد أجازت معظم التشريعات الحديثة للقضاء الوطنى التدخل

- وراجع أيضا، د. فوزى محمد سامى، التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٢، ص ٢٨٨ ومابعدها.؛ د. على رمضان بركات، المرجع السابق، ص ١٢١ ومابعدها.

للمساهمة في تشكيل محكمة التحكيم وتذليل العقبات التي تعترض تشكيلها.
ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم. فقد نصت المادة ٢/١٤٩٣ من هذا القانون على أنه: «بالنسبة للتحكيمات التي تجرى في فرنسا أو تلك التي اتفق الأطراف بصددها على تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي. إذا اصطدم تشكيل محكمة التحكيم بأية صعوبة كانت. يجوز للطرف ذي المصلحة - مالم يوجد اتفاق مخالف - اللجوء إلى رئيس المحكمة الكلية بباريس وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة ١٤٥٧»(١).

وكذلك أيضا القانون الأسباني الجديد بشأن التحكيم رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨. فقد نصت المادة (١/٣٨) من هذا القانون على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكمين. فإن إجراء هذا التعيين يتم بواسطة القضاء(٢).

ومن ذلك أيضا القانون الأيرلندي الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة ٢/١٠٢٧ من هذا القانون على أنه «إذا لم يتم تعيين المحكم أو المحكمين في خلال الميعاد المبين في الفقرة الثانية. يتم تعيين هؤلاء المحكمين بواسطة رئيس محكمة أول درجة بناء على طلب الطرف ذي المصلحة»(٣).

---

(١) في شرح هذا النص راجع:

BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 560 etSS, No. 640 etSS.

وحول دور رئيس المحكمة الكلية في تشكيل محكمة التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلي والدولي راجع:

FOUCHARD (Ph.), La coopération du président ...., Op. Cit., P. 10 etSS.

(٢) يقول النص بالفرنسية:

«Si les parties ne se mettent pas d'accord sur la désignation des arbitres, on procédera, à la demande de l'une des parties, à la mise en oeuvre judiciaire de l'arbitrage conformément aux règles établies aux articles suivants.

(٣) وقد نصت المادة ٢/١٠٢٦ من هذا القانون على أنه: «إذا لم يتفق الأطراف حول عدد المحكمين أو إذا لم تنفذ الطرق المتفق عليها لتحديد عدد المحكمين ولم يتفق الأطراف حول عددهم. يتم تحديد عدد المحكمين بواسطة رئيس محكمة أول درجة بناء على طلب الطرف ذي المصلحة».

ونفس الأمر بالنسبة لقانون التحكيم الجديد لاقليم الكيبك بكندا، فقد نصت المادة ١/٩٤١ من هذا القانون على أنه: «إذا لم يعين أحد الطرفين المحكم خلال الثلاثين يوما التالية لاخطاره بذلك من قبل الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيينهما، كان للقاضي إجراء هذا التعيين بناء على طلب أحد الطرفين».

وقد نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: «إذا نشأت أية صعوبات فى تنفيذ إجراءات اختيار المحكمين المتفق عليها فى اتفاق التحكيم، جاز للقاضى اتخاذ الإجراء اللازم لضمان إجراء هذا الاختيار بناء على طلب أحد الأطراف».

وعلى صعيد البلدان العربية، فقد أجازت التشريعات الحديثة الصادرة بشأن التحكيم تدخل القضاء الوطنى بغية تذليل الصعوبات التى تعترض تشكيل محكمة التحكيم. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الجزائرى الجديد للتحكيم الصادر فى ٢٥ أبريل لسنة ١٩٩٣، وفقا لنص المادة ٤٥٨ مكرر ٢ من هذا القانون يجوز للطرف ذى المصلحة فى حالة عدم اتفاق الطرفين على تعيين المحكم أو المحكمين، أن يتوجه إلى القاضى المختص لإجراء هذا التعيين.

ويمكن أن نذكر من ذلك أيضا قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الجديد للتحكيم، فقد نصت المادة ٢٠٤ من هذا القانون على أنه إذا لم يتفق الأطراف على إختيار المحكمين أو إذا امتنع محكم أو أكثر عن قبول مهمته، كان للمحكمة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع أن تتولى عملية تعيين المحكمين بناء على طلب أحد الأطراف. ويكون حكم المحكمة الصادر فى هذا الخصوص نهائيا(١).

---

(١) فى التعليق على هذا النص انظر:
EL - AHDAB (A.), La nouvelle loi sur l'abitrage de l'États des Emirats arabes unis, Rev. Arb., 1993, P. 237 etS.

ويمكن أن نذكر من ذلك أيضا القانون المصرى الجديد للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. فقد نصت المادة (١٧) من هذا القانون على تدخل المحكمة القضائية المختصة بناء على طلب أحد الطرفين فى حالة وجود أية صعوبات تعترض تشكيل محكمة التحكيم. وقد فصلت هذه المادة الحالات التى يجوز فيها لهذه المحكمة التدخل وهى إذا لم يتفق الطرفان على تعيين المحكم الوحيد إذا كانت محكمة التحكيم مشكلة من محكم واحد. أو امتنع أحد الطرفين عن تعيين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر. أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين أحدهما، وذلك فى الأحوال التى يجب أن تشكل فيها محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين. أو فى الحالة التى يمتنع أو يتخلف فيها الغير عن أداء ما عهد به إليه الطرفان فى هذا الخصوص.

وتكاد تتطابق المادة (١٧) من القانون المصرى، السالفة الذكر، فى صياغتها مع المادة (١١) من القانون النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى سنة ١٩٨٥. فقد نصت المادة (١١) من القانون النموذجى على تدخل المحكمة القضائية المختصة بناء على طلب أحد الطرفين فى حالة وجود أية صعوبات تعترض تشكيل محكمة التحكيم. وقد بينت الحالات التى يجوز فيها لهذه المحكمة التدخل. وهذه الحالات هى إذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تاريخ تعيينهما، وذلك فى الأحوال التى تكون فيها محكمة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين. أو إذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق بشأن اختيار المحكم الوحيد وذلك عندما تكون محكمة التحكيم مشكلة من محكم واحد، أو فى الحالة التى يتخلف فيها الغير عن أداء ما عهد به إليه الطرفان فى هذا الخصوص.

مجمل القول أن القوانين الحديثة بشأن التحكيم قد أجازت للقضاء

الوطني التدخل في حالة وجود أية صعوبات تعترض تشكيل محكمة التحكيم سواء أكان مصدر هذه الصعوبات ناشىء عن عدم اتفاق الطرفين على اختيار المحكم الوحيد أو إمتناع أحد الطرفين عن اختيار محكمه أو عدم اتفاق المحكمين المعينين من قبل الطرفين على اختيار المحكم الثالث أو امتناع الغير الذي عهد إليه الطرفان باختيار المحكم عن القيام بذلك. ولقد أجمعت هذه القوانين على أن هذا التدخل لا يتم إلا بناء على طلب الطرفين أو أحدهما على الأقل، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه للقيام بهذه المهمة.

الحالة الثانية: تدخل القاضي في مجال جمع وتقديم الأدلة:

سبق أن ذكرنا أن وظيفة المحكمة لا تتشابه تشابها مطلقا مع وظيفة القاضي. ويرجع السبب في ذلك إلى أن المحكم يستمد ولايته واختصاصه بنظر النزاع والفصل فيه من اتفاق الأطراف. وذلك على عكس القاضي الذي يستمد ولايته واختصاصه بنظر النزاع والفصل فيه من الدولة ذاتها التي يتقلد وظيفة القضاء باسمها. ولذلك فإن المحكم لا يتمتع بسلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي. ونظرا لافتقار المحكم لسلطة الأمر أو الإجبار، فإن الحاجة إلى تدخل القاضي الوطني ومساعدته تبدو ضرورية ولازمة، أحيانا، أثناء إجراءات التحكيم، وعند البحث عن أدلة الإثبات.

وتفسير ذلك أن المحكم إذا كان يستطيع إصدار أوامره إلى أطراف التحكيم لتقديم المستندات التي في حوزتهم، بيد أنه لا يملك سلطة الأمر التي بمقتضاها يتم إجبار الطرف الممتنع على تقديم ما في حوزته من مستندات، وذلك عندما يرفض هذا الطرف تقديم هذه المستندات ويستمر في موقفه الرافض.

وكذلك الأمر، بل ومن باب أحرى، ليس من سلطة المحكم إجبار الغير (كل شخص، طبيعي أو معنوي، ليس طرفا في اتفاق التحكيم) على تقديم المستندات التي في حوزته إذا امتنع عن تقديمها أو إجبار الشاهد على الحضور أمامه للإدلاء بشهادته أو إجباره على أداء اليمين إذا ما رفض ذلك.

إن الأصل الاتفاقى للتحكيم يحرم المحكم من أى سلطة تجاه الغير. فالمحكم لا يحوز أى سلطة إلا فى مواجهة الأطراف فى اتفاق التحكيم. وفى مثل هذه الحالات، ليس هناك من سبيل سوى اللجوء إلى القضاء(١).

هذا، وقد أجاز القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٨٥، والتشريعات الحديثة للتحكيم طلب تدخل السلطة القضائية ومساعدتها فى هذا المجال.

فقد نصت المادة (٢٧) من القانون النموذجى على أنه «يجوز لمحكمة التحكيم، أو لأى من الطرفين بموافقة محكمة التحكيم، أن تطلب من المحكمة المختصة فى الدولة المساعدة فى الحصول على الأدلة. ويجوز لهذه المحكمة أن تنفذ هذا الطلب فى حدود اختصاصها وطبقا لقواعدها المتعلقة بالحصول على الأدلة».

ويستفاد من هذا النص أن القانون النموذجى قد أجاز تدخل السلطة القضائية المختصة فى الدولة من أجل مساعدة محكمة التحكيم فى الحصول على أدلة الإثبات. وقد اشترط لهذا التدخل القضائى أن يتم بناء على طلب من محكمة التحكيم أو من أحد الطرفين بعد موافقة محكمة التحكيم. ومن ثم لا يجوز للسلطة القضائية التدخل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين بدون الحصول على موافقة محكمة التحكيم على ذلك. ويفصل القاضى فى طلب المساعدة المقدم من محكمة التحكيم، أو أحد الطرفين بعد موافقة محكمة التحكيم، وفقا لقواعد قانونه الخاصة بالحصول على الأدلة.

---

(١) راجع فى ذلك:

VAN COMPERNOLLE (J.), L'arbitrage dans les relations commerciales: Questions de procedure, R.D.I.D.C., 1989, PP. 116 - 117.; LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres ....., Op. Cit., P. 307, No. 28.; DELAUME (G.), L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, Op. Cit, P. 538.; HOLTZMANN (H.M.), Op. Cit., P. 276.

وراجع أيضا: د. محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢١٢.؛ د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص ٢٩٩ ومابعدها.؛ د. على بركات، المرجع السابق، ص ٢٨١ ومابعدها.

ومن التشريعات الحديثة التى أجازت لمحكمة التحكيم طلب مساعدة القاضى الوطنى فى الحصول على الأدلة، يمكن أن نذكر القانون الأسبانى الجديد للتحكيم الصادر سنة ١٩٨٨. فقد نصت المادة ٢٧ من هذا القانون على أنه: «يجوز للمحكمين طلب مساعدة قاضى محكمة أول درجة التابع لها مكان مقر التحكيم - وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى المادة ٤٣ - من أجل الحصول على أدلة الإثبات التى ليس فى مقدورهم الحصول عليها بأنفسهم»[1].

ويمكن أن نذكر أيضا القانون الجزائرى الجديد للتحكيم لسنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ١١ من هذا القانون على أنه: «إذا كانت مساعدة السلطة القضائية ضرورية من أجل إقامة الدليل ... جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع محكمة التحكيم أو للطرف ذى المصلحة المرخص له من هذه المحكمة، أن يطلب مساعدة القاضى المختص طبقا للمادة ٤٥٨ مكرر ٠٢ ويطبق القاضى فى هذا الشأن قانونه». وكما هو واضح من النص، لقد أجاز القانون الجزائرى للسلطة القضائية المختصة (طبقا للمادة ٤٥٨ مكرر ٢) التدخل لمساعدة محكمة التحكيم فى الحصول على الأدلة، وذلك بناء على طلب محكمة التحكيم ذاتها أو الأطراف أو أحدهم بالاتفاق مع محكمة التحكيم.

وإلى جانب ذلك، لقد عالجت العديد من التشريعات الحديثة الأخرى حالة تخلف أحد الشهود عن الحضور أو امتناعه عن الإدلاء بشهادته، وكذلك حالة امتناع الغير عن تقديم ما فى حوزته من مستندات، وأجازت للسلطة القضائية المختصة التدخل - بناء على طلب محكمة التحكيم أو الطرف ذى المصلحة بموافقة محكمة التحكيم - من أجل مساعدة محكمة التحكيم واتخاذ الإجراء اللازم فى هذا الشأن.

---

(١) والفرض هنا أن التحكيم يجرى فى أسبانيا.

ويمكن أن نذكر من ذلك، القانون الأيرلندى الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة ٢/١٠٤١ من هذا القانون على أنه: «فى حالة امتناع أحد الشهود عن الحضور بإرادته أو إذا حضر ورفض الإدلاء بشهادته، يجوز لمحكمة التحكيم أن ترخص للطرف الذى طلب شهادته أن يتوجه، فى خلال المدة التى تحددها له محكمة التحكيم، إلى رئيس محكمة أول درجة من أجل انتداب قاضى تتم أمامه جلسة الاستماع إلى الشهادة».

ومن ذلك أيضا، قانون إقليم الكيبك الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة ٨/٩٤٤ من هذا القانون على أنه عندما يرفض أحد الشهود الحضور أو يمتنع عن الإجابة، بدون سبب مشروع، أو يرفض تقديم ما فى حوزته من أشياء ذات فائدة للنزاع، جاز لأحد الأطراف، بعد موافقة المحكمين، أن يطلب من القاضى المختص إصدار الأمر بذلك.

ومن ذلك أيضا قانون الإمارات الجديد بشأن التحكيم لسنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة ٢/٢٠٩ من هذا القانون على أنه: «... يوقف المحكم الإجراءات ويلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وذلك لأجل: أ - الحكم بالغرامة المنصوص عليها قانونا على الشاهد الذى يمتنع عن الحضور أو الإجابة. ب - أن يأمر الغير بتقديم ما فى حوزته من مستندات تكون ضرورية لإصدار حكم التحكيم ...».

كما يمكن أن نذكر أيضا القانون المصرى الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أنه: «يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتى: أ - الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها فى المادتين ٧٨، ٨٠ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ...».

ويؤخذ على هذا النص - فى رأينا - أنه لم يضع حلولا لكل المشكلات التى تثور بصدد جمع وتقديم الأدلة. ونرى أنه كان من الأفضل أن يضمن المشرع المصرى فى قانون التحكيم الجديد نصا يقضى بجواز

تدخل المحكمة المختصة لمساعدة محكمة التحكيم فى الحصول على الأدلة، وذلك بناء على طلب محكمة التحكيم ذاتها أو بناء على طلب أحد الطرفين أو كليهما معا بعد موافقة محكمة التحكيم، وذلك على غرار القانون النموذجى (م ٢٧) وبعض التشريعات الحديثة للتحكيم مثل القانون الأسبانى (م ٢٧) والقانون الجزائرى (م ٤٥٨ مكررا ١١).

وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن القانون الفرنسى للتحكيم الدولى لم يتضمن نصا صريحا يجيز لمحكمة التحكيم أو للأطراف اللجوء إلى القاضى من أجل المساعدة فى الحصول على الأدلة. كما لم يقدم حلا فى الحالة التى يمتنع فيها أحد الشهود عن الحضور أمام المحكم أو يمتنع عن الإجابة. وكذلك فى الحالة التى يمتنع فيها أحد الأطراف أو الغير عن تقديم مستند فى حوزته. ومع ذلك، يرى الفقه(١) أنه، على الرغم من عدم وجود نص يجيز للمحكم طلب مساعدة القاضى فى الحصول على مستند فى حوزة الغير أو لإلزام الشاهد على الحضور والإدلاء بشهادته، فإنه لا يوجد ما يمنع أن يطلب المحكم من القاضى الفرنسى أن يأمر الغير بتقديم مستند فى حوزته أو إلزام الشاهد على الحضور لأن مثل هذا الإجراء لا يتنافى مع وظيفة ومهمة القاضى.

الحالة الثالثة: احتفاظ القاضى بالاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية(٢):

يترتب على اتفاق التحكيم - كما سبق أن رأينا - أيا كانت

---

(١) راجع فى ذلك:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc, 586-5-1, No. 82 - 83.

وراجع أيضا: د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٢) انظر فى الإجراءات الوقتية والتحفظية والتحكيم الأبحاث الآتية:

KNOEPFLER (F.), et SCHWEIZER (Ph.), Les mesures provisoires et l'arbitrage, Revue de travaux du suisse, 1984, P. 221.; MENDEZ (F.R.): Arbitrage international et mesures conservatoires, Rev. Arb. 1985, P. 51.; -

صورته. أثر سلبى يتمثل فى سلب ولاية واختصاص القضاء الوطنى بنظر النزاع أو المنازعات التى اتفق الطرفان بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. بيد أن هناك تساؤلا يمكن أن يثور هو هل هذا الأثر يمتد ليشمل الإجراءات الوقتية والتحفظية المرتبطة بالنزاع أو المنازعات التى اتفق الطرفان بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، بحيث يختص المحكم باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية المرتبطة بموضوع النزاع المعروض عليه. أم يظل للقاضى الوطنى. رغم الاتفاق على التحكيم، الاختصاص بأتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، أم ينعقد الاختصاص بها لكل من القاضى والمحكم فى نفس الوقت.

بالاطلاع على العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، يمكننا أن نميز فى هذا الخصوص بين اتجاهين:

- OUAKRAT (Ph.), L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires, étude générale, droit et pratique du commerce international, 1988, P. 239.; MARCHAIS (B.P.): Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage C.I.R.D.I., droit et pratique du commerce international, 1988, P. 273.; COUCHEZ (G.): Référe et arbitrage, Rev. Arb. 1986, P. 155.; GAILLARD (E.): Arbitrage commercial international, J-CL, dr. int., Fasc 586-8-2, No. 131 etSS.

وراجع بالعربية: د. سامية راشد، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى ...... المرجع السابق، ص ١٤٠، بند ٧٤، التحكيم فى العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٤٥٢ ومابعدها، بند ٢٢٦ ومابعده.؛ د. محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٦١ ومابعدها.؛ د. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطنى باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية فى المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعى بالإسكندرية، ١٩٩٦.؛ د. فوزى سامى، المرجع السابق، ص ٢٩٤ ومابعدها.؛ د. على بركات، المرجع السابق، ص ٤٠٢ ومابعدها، بند ٤١١ ومابعده.

الاتجاه الأول: ذهبت بعض التشريعات الوطنية إلى الاحتفاظ للقاضى الوطنى - قاضى الأمور المستعجلة - بالحق فى اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية على الرغم من اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، وجعل هذا الحق مقصورا عليه وحده دون أن يكون من حق المحكمين اتخاذ مثل هذه الإجراءات أو أن يكون من حق الطرفين الاتفاق على منح المحكمين سلطة اتخاذها.

وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع اليونانى، فقد نصت المادة (٦٨٥) من قانون الإجراءات المدنية على أن: «قاضى الأمور المستعجلة هو المختص وحده باتخاذ الإجراءات الوقتية» ونصت المادة ١/٨٨٩ من هذا القانون على أنه: «لا يجوز للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بخصوص الإجراءات الوقتية. كما لا يجوز للمحكمين الأمر بالاجراءات الوقتية أو تعديل أو الغاء أى إجراء وقتى سبق للقضاء أن اتخذه». يستفاد من هذين النصين أن السلطة التى تملك اتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية - وفقا لقانون الاجراءات المدنية اليونانى - هى قاضى الأمور المستعجلة وحده. كما أنه لا يجوز لمحكمة التحكيم اتخاذ مثل هذه الإجراءات، ولا تملك سلطة تعديلها أو الغائها بعد صدورها من القضاء المختص. وبالاضافة إلى ذلك، لا يجوز للأطراف الاتفاق على منح المحكمين سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، ومن ثم يمكن القول بأن القاعدة التى تقضى باختصاص القضاء المستعجل وحده تعد من النظام العام، فى القانون اليونانى، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها(١).

الاتجاه الثانى: إهتمت غالبية التشريعات الوطنية الحديثة للتحكيم، وكذلك بعض الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية بتحقيق

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:
FOUSTOUCOS (A.C.): L´arbitrage interne et ......, Op. Cit., P. 78, etSS, No. 112 - 113 et P. 212, No. 320.

ولنفس المؤلف راجع:
L´arbitrage inernational en Grèce, Op. Cit., PP. 29-30.

نوع من التوازن بين سلطة القاضى وسلطة المحكم فى شأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ومحاولة إيجاد نوع من التعاون بين كل منهما فى هذا الصدد.

فقد ذهبت بعض التشريعات إلى تقرير الاختصاص باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية للقضاء الوطنى، بيد أنها لم تجعل هذا الاختصاص مقصورا عليه وحده فأجازت للأطراف الاتفاق على منح محكمة التحكيم السلطة فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الأيرلندى لسنة ١٩٨٦، فقد نصت المادة ٢/١٠٢٢ من هذا القانون على أنه: «لا يمنع اتفاق التحكيم أحد الطرفين أن يطلب من القاضى المختص الأمر باتخاذ الاجراءات الوقتية ...».

كما نصت المادة ١/١٠٥١ من هذا القانون على أنه: «... يجوز للأطراف الاتفاق على منح محكمة التحكيم أو رئيسها سلطة الفصل بصفة مستعجلة». ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: «على رئيس محكمة أول درجة، إذا طرح عليه طلب باجراء مستعجل على الرغم من وجود مثل هذا الاتفاق وتمسك أحد الطرفين به أمامه، أن يقرر عدم اختصاصه وإحالة الطلب إلى إجراءات التحكيم المستعجل المتفق عليه ...».

حيث يستفاد من هذين النصين أن المشرع الأيرلندى وإن كان قد أعطى للقضاء الاختصاص باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية وذلك عندما أجاز لأحد الطرفين أن يطلب من القاضى المختص الأمر باتخاذ مثل هذه الإجراءات، إلا أنه لم يجعل هذا الاختصاص من النظام العام، بل أجاز للطرفين الاتفاق على اسناد الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات إلى محكمة التحكيم التى اتفق الطرفان على اللجوء إليها لنظر المنازعات التى تثور بينهما والفصل فيها. وأوجب على القضاء فى حالة وجود مثل هذا الاتفاق أن يقضى بعدم اختصاصه فى الحالة التى يطرح عليه أحد الطرفين طلبا

بذلك، وأن يحيل الطرفين إلى قضاء التحكيم المستعجل المتفق عليه بين الطرفين.

وقد سار فى نفس الاتجاه القانون المصرى لسنة ١٩٩٤، فقد نصت المادة ١٤ من هذا القانون على أنه: «يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها».

كما نصت المادة ٢٤ من هذا القانون على أنه: «١ - يجوز لطرفى التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به. ٢ - وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم، بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف فى أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ».

حيث يستفاد من هذين النصين أن المشرع المصرى وإن كان قد جعل للقضاء المصرى من حيث الأصل الاختصاص باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية، إلا أنه لم يجعل هذا الاختصاص مقصورا عليه وحده، بل أجاز للطرفين الاتفاق على اسناد هذا الاختصاص لمحكمة التحكيم ذاتها المتفق عليها للفصل فى موضوع النزاع[١]. وهذا يعنى أن اختصاص القضاء المصرى بالإجراءات الوقتية والتحفظية لا يتعلق بالنظام العام، بل يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته.

وفى الحقيقة إن هذه التشريعات التى عرضنا لها قد تأثرت بالقانون النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة

---

(١) انظر فى نفس المعنى: د. على بركات، المرجع السابق، ص ٤١٤، بند ٤٢٠.

١٩٨٥، فقد أجاز هذا القانون للمحكمة القضائية المختصة أن تأمر بناء على طلب أحد الطرفين باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سريانها دون أن يعد ذلك متعارضا مع اتفاق التحكيم (المادة ٩). ولكنه أجاز في نفس الوقت لمحكمة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين، بناء على طلب أحدهما، باتخاذ أى إجراء وقتى أو تحفظى تقدر أنه ضرورى بالنسبة لموضوع النزاع، مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. كما أجاز لمحكمة التحكيم أن تطلب من أى من الطرفين تقديم ضمان مناسب. (المادة ١٧)(١).

كما أخذت بهذا الحل بعض قواعد التحكيم. فقد نصت المادة ٨/د من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: «يجوز للأطراف، قبل بدء إجراءات التحكيم وبصفة استثنائية بعد ذلك، أن يطلبوا من أى سلطة قضائية اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، دون أن يعد هذا الطلب متعارضا مع اتفاق التحكيم ...»(٢).

كما أخذت بهذا الحل الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى، فقد نصت المادة (٦/٤) من هذه الاتفاقية على أن: «طلب الإجراءات الوقتية أو التحفظية الموجه إلى السلطة القضائية لا يجب اعتباره مخالفا لاتفاق التحكيم، ولا خضوعا للقضية من حيث الموضوع للمحكمة القضائية». يتضح من هذا النص أن وجود اتفاق التحكيم لا يحول دون التقدم إلى الجهات القضائية المختصة بطلب إجراء وقتى أو تحفظى. كما أن تقديم مثل هذا الطلب لا يجوز تفسيره على أنه نزول ضمنى من الطرف الذى

---

(١) فى التعليق على هذين النصين انظر:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. Int., fasc. 586-5-2, No. 57 - 58.; GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. dr. int., Fasc. 586-8-2, No. 157.

(٢) راجع فى التعليق على هذا النص:
GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. int., fasc. 586-5-2, No. 74 - 77.; GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-Cl. Dr. int. Fasc. 586-8-2, No. 159 - 160.

قدمه عن عرض موضوع النزاع على التحكيم والرجوع به إلى القضاء الوطني(١). وقد جاءت صياغة النص من العموم بحيث يمكن القول بأنه يجوز التقدم بمثل هذا الطلب إلى القضاء المختص سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سير هذه الاجراءات(٢).

في حين ذهبت بعض التشريعات الأخرى إلى تقرير - من حيث المبدأ - اختصاص المحكمين باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. غير أنها لم تجعل هذا الاختصاص مقصورا عليهم وحدهم، بل أجازت للطرفين الاتفاق على اللجوء إلى القضاء الوطني المختص لاتخاذ هذه الإجراءات.

ويمكن أن نذكر من ذلك القانون السويسري الصادر سنة ١٩٨٧. فقد نصت المادة ١٨٣ من هذا القانون على أنه: «١ - مالم يوجد اتفاق مخالف، يجوز لمحكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية بناء على طلب أحد الطرفين. ٢ - إذا لم يخضع الطرف الصادر ضده الاجراء الوقتي أو التحفظي بمحض إرادته، يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص. وهذا القاضي يطبق قانونه. ٣ - يجوز

---

(١) انظر: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٩، بند ١٤٢، وفي التعليق على هذا النص أنظر:

GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. int., fasc 586-8-2, No. 152.

(٢) لم تتضمن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ أي نص يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية، ومن ثم يثور التساؤل عما إذا كان للمحكمين الاختصاص، في ظل هذه الاتفاقية، باتخاذ هذه الإجراءات أم أن المحاكم الوطنية تظل هي صاحبة الاختصاص باتخاذها. يتجه الرأي الراجح فقها وقضاء إلى أن ذلك الاغفال من جانب اتفاقية نيويورك يدل على أن القضاء الوطني يظل مختصا باتخاذ هذه الإجراءات، وبالتالي يجوز للأطراف اللجوء إلى القاضي الوطني لاتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. دون أن يعد ذلك متعارضا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عنه.

راجع في ذلك: د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات ......، المرجع السابق، ص ٤٥٢، بند ٢٢٦، ومن أنصار هذا الرأي انظر:

GAILLARD: Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, dr. int., Fasc 586-8-2, No. 151.

لمحكمة التحكيم أو القاضى أن يعلق الأمر بالاجراءات الوقتية أو التحفظية المطلوبة على تقديم ضمان مناسب».

يتضح من هذا النص أن المشرع السويسرى قد جعل للمحكمين الاختصاص - من حيث المبدأ - باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. غير أن قرار المحكمين فى هذا الصدد ليس له القوة التنفيذية التى تكون للقرار الصادر من المحكمة القضائية. ولذلك إذا لم يمتثل الطرف الصادر ضده الإجراء الوقتى أو التحفظى، فليس أمام المحكمين سوى التوجه فى هذه الحالة إلى القاضى المختص بطلب مساعدته فى هذا الخصوص. ولا يكتفى القاضى بمجرد تنفيذ الأمر الصادر من محكمة التحكيم باتخاذ الإجراء الوقتى أو التحفظى. وإنما يصدر القاضى أمرا جديدا بهذا الإجراء وذلك فى الحدود المسموح له بها من قبل قانونه الوطنى. ويجوز لكل من القاضى والمحكم أن يعلق إسدار الاجراء الوقتى أو التحفظى المطلوب منه على تقديم ضمان مناسب من قبل الطرف طالب هذا الاجراء. كما يستفاد من هذا النص أيضا أن المشرع السويسرى لم يسند إلى المحكم، بموجب هذا النص، اختصاصا مقصورا عليه وحده، بل يجوز للطرفين الاتفاق على طلب الاجراءات الوقتية والتحفظية من المحكمة القضائية المختصة. وهذا هو معنى القيد الوارد بصدر الفقرة الأولى «مالم يوجد اتفاق مخالف»(١).

وقد أخذ بنفس الحل القانون الجزائرى الصادر سنة ١٩٩٢. فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ٩ من هذا القانون على أنه: «مالم يوجد اتفاق

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:
LALIVE (P.), POUDRET (J.F.), et REYMOND (C.), Op. Cit., PP. 360 - 369; KARRER (P.), Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale R.D.A.I., 1989, P. 768.; REYMOND (C.), la nouvelle loi Suisse et le droit de l'arbitrage, Rev. Arb., 1989, PP. 404 - 405.; BUDIN (R.), ... Op. Cit., PP. 58 - 59.; LALIVE (P.), et GAILLARD (E.) le nouveau droit ... Op. Cit., PP. 939 - 941.

مخالف، يجوز لمحكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، وذلك بناء على طلب أحد الطرفين. وإذا لم يخضع الطرف الصادر ضده الاجراء الوقتى أو التحفظى بمحض إرادته، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضى المختص والذى يطبق فى هذا الشأن قانونه الوطنى. ويجوز لمحكمة التحكيم أو القاضى أن يعلق الأمر بالاجراءات الوقتية أو التحفظية المطلوب منه الأمر بها على تقديم ضمان مناسب من قبل الطرف طالب الاجراء». ويبدو أن هذا النص مأخوذ حرفيا من نص المادة (١٨٣) من القانون السويسرى. ومن ثم يمكن القول بأن المشرع الجزائرى قد أخذ بنفس الحلول التى أخذ بها المشرع السويسرى فى هذا الشأن.

وقد أخذت بهذا الحل أيضا اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتى تم التوقيع عليها فى واشنطن سنة ١٩٦٥. فقد نصت المادة (٤٧) من هذه الاتفاقية على أنه: «مالم يوجد اتفاق مخالف للطرفين، يجوز لمحكمة التحكيم، إذا قدرت أن الظروف تقتضى ذلك، أن تأمر باتخاذ الاجراءات التحفظية التى تستهدف حماية حقوق الأطراف». وكما هو واضح من النص فإن الاتفاقية قد أجازت لمحكمة التحكيم، عند الضرورة، أن تأمر باتخاذ الاجراءات التحفظية المناسبة بهدف حماية حقوق الأطراف، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف. ومن ثم تكون الاتفاقية قد جعلت سلطة اتخاذ التدابير التحفظية من اختصاص محكمة التحكيم ذاتها.

بيد أن الاتفاقية قد علقت اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ هذه الاجراءات على عدم وجود اتفاق مخالف للأطراف. وهذا يعنى أنه يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد اختصاص محكمة التحكيم فى هذا الشأن واللجوء فى ذلك إلى السلطات القضائية المختصة.

ومما يؤيد وجهة النظر هذه، أن المادة (٣٩/٥) من لائحة تحكيم المركز الدولى قد نصت على أنه: «لا تمنع أحكام هذه المادة أن يطلب

الأطراف من أى سلطة قضائية أو أى سلطة أخرى أن تأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية سواء قبل بدء خصومة التحكيم أو أثناء سريانها من أجل حماية حقوق الأطراف ومصالحهم المتبادلة»(١).

وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأن اتفاقية البنك الدولى قد أعطت للمحكمين، من حيث المبدأ، الاختصاص باتخاذ الاجراءات التحفظية والوقتية، ولكنها قد أجازت للأطراف الاتفاق على استبعاد اختصاص المحكمين والالتجاء فى ذلك إلى السلطات القضائية المختصة.

وقد أخذت بعض لوائح التحكيم ذات الطابع الدولى بهذا الحل. ويمكن أن نذكر من ذلك لائحة التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى. فقد اعترفت هذه اللائحة للمحكمين بالاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية من حيث المبدأ، وذلك بنصها فى المادة ١/٢٦ على أنه: «يجوز لمحكمة التحكيم أن تتخذ، بناء على طلب أحد الطرفين، ما تراه ضروريا من إجراءات وقتية فيما يتعلق بموضوع النزاع ...». إلا أنها أجازت للأطراف اللجوء إلى القضاء لطلب مثل هذه الاجراءات، وأوضحت أن مثل هذا الطلب لا يجب اعتباره متعارضا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق فى التمسك به وذلك بنصها فى الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «إن الطلب الذى يقدمه أحد الطرفين إلى السلطة القضائية باتخاذ إجراءات وقتية لا يجب اعتباره متعارضا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق فى التمسك به».

---

(١) راجع:
DELAUME (G.), Le centre international ....., Op. Cit., PP. 812 - 813.; Vergopoulos - Michaïl (A.), Op. Cit., PP. 540 - 544.

ومع المزيد من التفاصيل انظر:
MARCHAIS (B.P.), ... Op. Cit., P. 275 etSS.; GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL., dr. int., Fasc. 586-8-2. No. 153 etSS.

ولم يذكر النص ما إذا كان يجب تقديم طلبات الاجراءات الوقتية إلى القضاء الوطنى قبل اتصال محكمة التحكيم بالنزاع أم أنه يجوز تقديم مثل هذه الطلبات أثناء إجراءات التحكيم، وبناء عليه يمكن أن نخلص إلى أنه يجوز للأطراف، وفقا لأحكام هذه اللائحة، التقدم إلى القضاء بطلب اتخاذ إجراءات وقتية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها(١).

وقد أخذت بنفس الحل لائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، فقد نصت المادة ١/٢٢ من هذه اللائحة على أنه: «يجوز لمحكمة التحكيم، بناء على طلب أحد الطرفين، اتخاذ أى إجراء وقتى تراه ضروريا بالنسبة لموضوع النزاع ...». ومع ذلك نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «إن الطلب الذى يقدمه أحد الطرفين إلى السلطة القضائية باتخاذ إجراءات وقتية لا يجب إعتباره متعارضا مع اتفاق التحكيم أو نزولا عن الحق فى التحكيم»(٢).

بعد هذا العرض المتقدم لآثار اتفاق التحيكم، فإن السؤال الذى يثور هو هل هذا الاتفاق يتعارض مع الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة والأجهزة التابعة لها أم لا؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه فى المبحث التالى.

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-Cl. dr. int., Fasc. 586-5-2, No. 65.

(٢) انظر:

Rev. Arb., 1993, P. 486.

المبحث الثالث

أثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية

رأينا فيما سبق أن اتفاق التحكيم يترتب عليه أثران رئيسيان هما: أثر إيجابى يتمثل فى منح المحكمين الاختصاص بالفصل فى النزاع أو المنازعات موضوع اتفاق التحكيم. وبعبارة أخرى خضوع طرفى اتفاق التحكيم للسلطة القضائية للمحكمين. وأثر سلبى يتمثل فى سلب اختصاص المحاكم القضائية من نظر هذا النزاع أو تلك المنازعات والفصل فيها. وأن هذا الأثر ليس له طابع عام وشامل، بل هناك حالات عديدة قد تتدخل فيها المحاكم القضائية سواء من أجل المساهمة فى تشكيل محكمة التحكيم أو البحث عن الأدلة أو اتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية.

وفى ضوء هذه الآثار التى تترتب على اتفاق التحكيم، يثور التساؤل عما إذا كان اتفاق التحكيم يتعارض مع ما تتمتع به الدولة (والأجهزة التابعة لها) من حصانة قضائية وتنفيذية، وبالتالى يجوز لها التمسك بها أمام المحكمين أو المحاكم القضائية فى الحالات التى يمكن أن تتدخل فيها، أم أن هذا الاتفاق، بالنظر إلى أن قوامه إرادة طرفيه، لا يتعارض مع الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة (والأجهزة التابعة لها)، وبالتالى لا يجوز لها التمسك بها أمام المحكمين أو المحاكم القضائية أثناء نظرها بعض المسائل المتصلة بالتحكيم أو اتخاذها بعض الاجراءات الوقتية والتحفظية.

للإجابة على هذا التساؤل نعرض فيما يلى لأثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية، وأثره على حصانة الدولة التنفيذية، كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

أثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية

تعد الحصانة القضائية للدول من المبادىء المستقرة فى القانون الدولى. وهو مبدأ مسلم به فى مختلف دول العالم، ويجد مصدره فى العرف الدولى الراسخ، ولقد قننته الاتفاقية الأوربية التى تم التوقيع عليها فى مدينة Bal فى مايو سنة ١٩٧٢، والتى دخلت فى حيز التنفيذ فى عام ١٩٧٦. كما نصت على هذا المبدأ تشريعات بعض الدول، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الأمريكى للحصانة الصادر عام ١٩٧٦، والتشريع الإنجليزى لعام ١٩٧٨(١).

ولقد كان الاتجاه السائد فى مختلف الدول حتى أوائل القرن الحالى هو تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية المطلقة. فلم يكن من الجائز مطلقا أن تخضع الدولة الأجنبية لمحاكم دولة أخرى فى كافة المنازعات التى تكون طرفا فيها.

غير أن مبدأ الحصانة القضائية المطلقة للدول بدأ يتقلص بعد الحرب العالمية الأولى نتيجة لاتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدى، فلقد تزايد تدخل الدولة فى المجال الخاص واتسع نشاطها التجارى والاقتصادى. وبدا أنه ليس من العدل والانصاف أن يسمح للدولة بالتعامل مع الأفراد والدخول معهم فى معاملات تجارية مع حرمان هؤلاء الأفراد فى الوقت نفسه من الضمان الأساسى اللازم لحماية حقوقهم وهو حق اللجوء إلى القضاء الوطنى. ولذلك أخذت الكثير من الدول تحيد تدريجيا عن مبدأ الحصانة القضائية المطلقة للدولة، وقررت قصر هذه الحصانة على بعض الأنشطة التى تمارسها الدولة دون البعض الآخر(٢).

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٨٨.

(٢) راجع فى ذلك: د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٨٩؛ د. ابراهيم أحمد، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، =

ففى فرنسا، أخذ القضاء الفرنسى بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة، وقصرها على أعمال السلطة العامة. فقد رفضت محكمة النقض الحصانة القضائية للممثل التجارى للاتحاد السوفييتى وذلك بحجة أن تصرفات هذه الهيئة ليست سوى تصرفات تجارية والتى يعد مبدأ سيادة الدولة أجنبيا بالنسبة لها. كما رفضت محكمة النقض الحصانة القضائية للدولة النرويجية بحجة أن التصرف محل النزاع، الذى أبرمته الدولة، تم لاشباع الحاجات الخاصة وطبقا للأشكال والطرق المتبعة فى مجال القانون الخاص. كما ألغت محكمة النقض حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ٢٩ يناير عام ١٩٥٧ والذى أخذ بالحصانة القضائية لدولة تركيا فى القضية التى ثارت بين وزير المالية التركى وشركة Bauer et Marchal. ففى هذه القضية، كانت الدولة التركية قد وقعت بصفتها ضامنة لقرض تعاقدت عليه مدينة Constantinople لتنفيذ أعمال عامة. وأحالت محكمة النقض القضية إلى محكمة استئناف Rouen والتى أصدرت فى ١٠ فبراير عام ١٩٦٥ حكما قضت فيه بأن: «الدولة التركية وقد ضمنت تنفيذ الالتزامات التعاقدية المبرمة بواسطة مدينة Constantinople تكون قد أنجزت عملا يعد من أعمال القانون المدنى بطبيعته، كما أنها تصرفت باعتبارها فردا عاديا. وبالتالى تكون فكرة السلطة العامة بعيدة عن تعهدها هذا»(١).

- الاختصاص القضائى ....، المرجع السابق، ص ٩١، وأيضا د. حفيظة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضائى الخاص الدولى، دار الفكر الجامعى بالإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١٦٢.

(١) راجع فى ذلك كله مع المزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الفرنسى:
LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 275 etS., No. 473 etS.

وراجع أيضا:
CARABIBER (Ch.), L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des États et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de droit privé., Rev. Arb., 1967, P. 49, Spec. P. 50 etS. et le concept des immunités de juridiction doit - il être revisé et dans quel sens?, clunet 1952, P. 440, Spéc. P. 444.

كما تبنى القضاء البلجيكى منذ بداية هذا القرن الحالى مبدأ الحصانة القضائية المقيدة. فقد تبنت محكمة النقض البلجيكية التفرقة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية وذلك فى حكمها الصادر فى ١١ يونيه لسنة ١٩٠٢. ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء البلجيكى على الأخذ بهذه التفرقة فى مجال الحصانة القضائية. فلقد قررت محكمة استئناف بروكسل أن البنك المركزى التركى لا يمكنه التمسك بالحصانة القضائية عندما يجب عليه أن يحول مبالغ مالية بالعملة البلجيكية مقابل بضائع استوردها إلى تركيا(١).

كما سار على نفس النهج أيضا القضاء الإيطالى. فقد أخذت محكمة استئناف روما فى حكمها الصادر فى ٦ يونيه لسنة ١٩٢٨ بالتفرقة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة. كما أصدرت محكمة النقض الإيطالية حكما فى ١١ سبتمبر عام ١٩٤٨ فى القضية التى ثارت بين حكومة بوليفيا والكونسرتيوم الإيطالى لصناعة الطيران، اعترفت بموجبه بالحصانة القضائية للدولة الأجنبية ولكن فقط عندما تمارس هذه الدولة عملا من أعمال السلطة العامة، فى حين تخضع الدولة الأجنبية للقضاء الإيطالى عندما تنجز عملا من أعمال القانون الخاص(٢).

وفى نفس الاتجاه يمكن أن نذكر أيضا القضاء الهولندى. ففى قضية Cabolent ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والتى تتلخص وقائعها

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل حول موقف القضاء البلجيكى:
CARABIBER (Ch.), le concept des immunités ..., Op. Cit., P. 444; L'arbitrage international et le problème de l'immunité ..., Op. Cit., PP. 54 - 55: Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 297, No. 505.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الإيطالى:
CARABIBER (Ch.), le concept des immunites ..., Op. Cit., PP. 446 - 448.; L'arbitrage international et le problème de l'immunité ..., Op. Cit., P. 57 etS.; Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 297 etS., No. 506.

فى أن الشركة الكندية سافير Sapphir قد حصلت على حكم تحكيم صدر فى ١٥ مارس عام ١٩٦٢ بواسطة القاضى Cavin قضى بأن تدفع الشركة الإيرانية مبالغ مالية متنوعة على أثر النزاع الناشىء بمناسبة عقد امتياز بترول كان قد أبرم بين الطرفين. ولما كانت الشركة الفرع (سافير) قد تنازلت عن حقوقها إلى الشركة الأم، قامت هذه الأخيرة برفع دعوى أمام القضاء الهولندى مطالبة بالقضاء بصحة الحجوز التحفظية التى تم توقيعها على الأموال المملوكة للشركة الإيرانية لدى الغير. تمسكت الشركة الإيرانية أمام قضاة أول درجة بحصانتها القضائية. محكمة أول درجة. وبعد أن أكدت على مبدأ الحصانة المسلم به عموما فى القانون الدولى، وبعد أن أشارت إلى الاتجاه السائد فى بعض الدول والذى يقصر هذا المبدأ على أعمال السلطة العامة، وبعد أن فحصت النظام القانونى للشركة الإيرانية، انتهت إلى أن الشركة الإيرانية بإبرامها عقد امتياز البترول محل النزاع قد تصرفت باعتبارها أحد أجهزة الدولة الإيرانية، وبالتالى فإن الأمر يتعلق بعمل من أعمال السلطة العامة الذى يفلت بطبيعته من اختصاص قضاء دولة هولندا.

غير أن محكمة استئناف لاهاى قد ألغت هذا الحكم وطبقت نظرية الحصانة المقيدة. فقد قررت هذه المحكمة أن العقد المبرم بين الطرفين يتضمن، بصفة أساسية، شروطا من شروط القانون الخاص، كما أنه قد أبرم بين طرفين يتمتعان بنظام قانونى متساو على الرغم من أن الشركة الإيرانية تحوز بعض سلطات القانون العام، ومن ثم فإن فى إبرام الشركة الإيرانية لهذا العقد لم تتصرف بمالها من حق السيادة Jure imprii، بل كشخص خاص(١).

هذا ولقد أخذ القضاء المصرى، منذ النصف الأول من هذا القرن، بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة. ومن الأحكام الشهيرة فى هذا الصدد الحكم

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الهولندى:
Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 295 etS. No. 502 etS.

الذى أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ يونيه عام ١٩٤٢ فى دعوى التعويض التى أقامها أحد المسافرين ضد حكومة الانتداب بفلسطين نتيجة إصابته بأضرار من جراء وقوع بعض الأمتعة على رأسه أثناء سفره بخطوط سكة حديد فلسطين التى تديرها هذه الحكومة. وقد دفعت تلك الحكومة بالحصانة، بيد أن المحكمة رفضت هذا الدفع تأسيسا على أن الحكومة عند إدارتها للسكك الحديدية لم تتصرف باعتبارها سلطة صاحبة سيادة، وإنما ظهرت بمظهر الفرد العادى الذى يتعين إخضاعه لولاية القضاء.

ومن الأحكام الحديثة نسبيا والتى أخذت بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة، يمكن أن نذكر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢٩ أبريل عام ١٩٨٦. والذى أكدت فيه المحكمة على أنه: «... إن الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما ينبنى عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، إلا أنه لما كانت الحصانة القضائية غير مطلقة وإنما تقتصر على الأعمال التى تباشرها الدولة الأجنبية بمالها من سيادة فلا يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما تنحسر عنه هذه الحصانة»(١).

وبالإضافة إلى ذلك، لقد أخذت تشريعات بعض الدول الصادرة بشأن الحصانة القضائية بمبدأ الحصانة المقيدة. وأهم مثال يذكر على ذلك القانون الأمريكى بشأن الحصانات الأجنبية لعام ١٩٧٦ «Foreign immunites ACT 1976» والذى دخل فى حيز التنفيذ فى ١٩ يناير عام ١٩٧٧. فهذا القانون قد أخذ بمبدأ الحصانة القضائية المقيدة حيث استبعد من نطاق الحصانة القضائية الأنشطة التجارية التى تباشرها الدول الأجنبية(٢).

---

(١) راجع فى ذلك استاذنا الدكتور ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، الإختصاص القضائى الدولى ....، المرجع السابق، ص ٩٢، هامش ٢٦.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 282 etS. Spéc. P. 286, No. 487.

ومن ذلك أيضا القانون الإنجليزى بشأن حصانة الدولة الصادر عام ١٩٧٨ «State immunity Act 1978» والذى دخل فى حيز التنفيذ فى ٢٢ نوفمبر عام ١٩٧٨. فبعد أن نص هذا القانون على حصانة الدولة الأجنبية القضائية، استبعد من نطاق هذه الحصانة الأنشطة التجارية(١).

كما كرست نظرية الحصانة القضائية المقيدة الاتفاقية الأوربية، والتى تم التوقيع عليها فى مدينة Bal، بشأن حصانة الدول فى عام ١٩٧٢، والتى دخلت فى حيز التنفيذ منذ ١١ يونيه عام ١٩٧٦. فبعد أن أخذت الاتفاقية من حيث المبدأ بالحصانة القضائية للدول الأجنبية، نصت على عدة فروض لا يجوز فيها للدولة الأجنبية الاحتجاج بحصانتها القضائية أمام محاكم دولة أخرى. فطبقا لنص المادة (٧) من هذه الاتفاقية، لا يجوز للدولة الأجنبية الدفع بالحصانة عندما تمارس على اقليم دولة القاضى نشاطا صناعيا أو تجاريا أو ماليا بنفس الطرق التى يستخدمها الشخص العادى(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يجوز للدولة التنازل عن حصانتها القضائية. وكل ما يشترط لكى يحدث هذا التنازل أثره أن يكون واضحا ومؤكدا لا لبس فيه ولا غموض. وقد يكون التنازل صريحا، وقد يكون ضمنيا يستفاد من اتباع الدولة مسلكا يتنضح منه نزولها عن الحصانة القضائية كما لو قامت الدولة الأجنبية برفع الدعوى أمام القاضى الوطنى. أو أنها لم تدفع فى دعوى مرفوعة عليها بحصانتها القضائية. كذلك فإن النص فى العقد المبرم بينها وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية على اختصاص محاكم دولة أجنبية بالنزاع يعد نزولا عن الحصانة القضائية التى تتمتع بها الدولة الطرف فى العقد(٢). وهنا يتعين طرح التساؤل التالى: هل يعتبر قبول الدولة لإدراج شرط التحكيم فى العقد تنازلا منها عن التمسك بحصانتها القضائية ؟

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:
Ibid, P. 292 etS., Spéc. PP. 293 - 294, No. 498.

(٢) راجع فى ذلك:
Ibid, P. 298, No. 507.

(٢) راجع فى ذلك: د. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائى الدولى ....، المرجع السابق، ص ١٢٥ - ١٢٦.

. للإجابة على هذا التساؤل ينبغى التفرقة بين حالتين: حالة تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم، وحالة تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى لدولة أخرى.

الحالة الأولى: أثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام محكمة التحيكم:

يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للدولة، على الرغم من اتفاقها على اللجوء إلى التحكيم، التمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم.

يرفض الفقهاء - ممن تعرضوا لهذه المسألة - الاعتراف للدولة بالحق فى التمسك بحصانتها القضائية أمام المحكمين، ويرون أن تمسك الدولة بهذه الحصانة أمام محكمة التحكيم لا قيمة له.

وقد برر فريق منهم(١) ذلك بالقول بأن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم يعد بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام قضاء التحكيم الذى قبلت بمحض إرادتها الخضوع له.

وقد ذهب فريق آخر(٢) منهم إلى القول بأن فكرة الحصانة القضائية

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P.91, No. 162.; CARABIBER (Ch.), L'arbitrage international et le problème de l'immunité de ...., Op. Cit., PP. 66 - 67.; Vedel: Op. Cit., P. 127.; GOLDMAN (B.), Not sous, Paris 12 Juillet 1984, clunet 1985, P. 145.; JACQUET (J-M.), L'État, opérateur du commerce international, clunet 1989, PP. 658 - 659.; REYMOND (C.), Souverainete de l'Etat et ....., Op. Cit., PP. 521 - 522.

(٢) انظر:

BOUREL (P.), Arbitrage international et immunités des Etats étrangèrs, Apropos d'une jurisprudence récente., Rev. Arv., 1982, P. 119 etSS.

ذاتها لا محل للتمسك بها أمام قضاء التحكيم، وذلك على أساس انعدام التوافق L'incompatibilite بين فكرة التحكيم وفكرة الحصانة القضائية. ويرجع انعدام التوافق إلى الأساس الذى تستند إليه الحصانة القضائية وإلى طبيعة نظام التحكيم ذاته فى آن واحد. فالحصانة القضائية تقوم على مبادىء الاستقلال والاحترام المتبادل للسيادة والمساواة بين الدول. وهذه المبادىء والتى تعد أساس الدفع بالحصانة القضائية لا محل لإعمالها أمام المحكمين. فإذا كان من المسلم به اليوم أن المحكمين يزاولون وظيفة قضائية حقيقية، بيد أن قضاء التحكيم يعد قضاءا خاصا. فالمحكم لا يعد ممثلا لدولة بعينها ولا يعتبر من موظفيها، ولذلك فإن المحكم لا يستمد سلطة القضاء من الدولة، بل يستمدها من اتفاق الأطراف. وبالتالى فإن الدولة عندما تمثل بالحضور أمام محكمة التحكيم لا تخشى من أى مساس بسيادتها واستقلالها. وعلى ذلك انتهى هذا الجانب الفقهى إلى القول بأن فكرة الحصانة القضائية وفكرة التحكيم تستبعد كل منها الأخرى.

كما ذهب فريق ثالث(١) إلى القول بأنه من الأمور التى تحمل بين طياتها التناقض الكامل أن يعترف بالحصانة القضائية للدولة، والتى تحرم الهيئة القضائية التى يتمسك بها أمامها من سلطة القضاء أمام محكمة التحكيم على الرغم من أن محكمة التحكيم لا تستمد سلطتها القضائية إلا من تولية الأطراف لها.

مجمل القول: أن الفقه فى مجمله يرى أن الدولة التى تتفق على

- وفى نفس المعنى راجع:

EISEMANN (G.), La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre États ou entites etatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit prive, Rev. Arb., 1975, P. 279, Spéc. P. 295.

وانظر أيضا د. حفيظة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضائى ......، المرجع السابق، ص ١٧٠ - ١٧١، ولنفس المؤلف: العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

(١) انظر: JACQUET (J-N.), Op. Cit., P. 659.

الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية لا يمكنها بعد ذلك أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم لم تتعرض لمسألة أثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحكمين. ومع ذلك، فإنه بالنسبة لاتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار عام ١٩٦٥، ذهب جانب من الفقه(١) إلى القول بأن الغرض الرئيسى لهذه الاتفاقية هو إقامة نوع من التوازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدولة الطرف فى النزاع. ولأجل تحقيق هذا الغرض، نصت الاتفاقية من ناحية أولى على أن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولى لا يمكن العدول عنه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين (١/٢٥). كما نصت من ناحية ثانية على أن رضاء الأطراف باللجوء إلى التحكيم فى إطار هذه الاتفاقية يعتبر وكأنه بمثابة تنازل عن اللجوء إلى أى طريق آخر لتسوية المنازعات (م ٢٦). ويترتب على هذه المسلمة الأساسية Cette donnée de base نتيجة فى غاية الأهمية هى استحالة الاعتراض على اختصاص محكمة التحكيم المشكلة فى إطار المركز الدولى بالاستناد إلى الحصانة القضائية. فالدولة التى تقبل بمحض إرادتها أن تكون طرفا فى خصومة تحكيم لدى المركز الدولى لا يمكنها - بدون مخالفة التزامها باخضاع النزاع للمركز الدولى - أن تحتمى خلف حصانتها القضائية للمنازعة فى اختصاص محكمة التحكيم. ففى إطار هذه الاتفاقية، فإن رضاء الدولة بالتحكيم يتضمن بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائية من قبل هذه الدولة.

وإذا توجهنا ناحية أحكام التحكيم، نجد أن المحكمين يرفضون الدفع

---

(١) انظر:
DELAUME (G.R.), Le CIRDI et L'immunite ....., Op. Cit., P. 144.

بالحصانة القضائية الذى يتمسك به أمامهم من قبل الدولة الطرف فى النزاع. ويمكن أن نذكر من ذلك، حكم التحكيم التمهيدى الصادر فى القضية رقم ٢٣٢١ لعام ١٩٧٤(١). ففى هذه القضية، نازعت الدولة فى اختصاص المحكم بالفصل فى النزاع المطروح عليه، مستندة فى ذلك إلى حصانتها القضائية.

بيد أن المحكم والذى اتخذ من السويد مقرا له أصدر حكما تمهيديا بشأن مسألة اختصاصه، قرر فيه أن فكرة الحصانة القضائية لا يعمل بها إلا أمام المحاكم القضائية. ولما كان المحكم لا يعد ممثلا لدولة معينة ولا يعد من أجهزتها، كما أن سلطته فى الفصل فى النزاع تستند إلى اتفاق الأطراف المتنازعة، فإن المحكم يرى أن الحصانة القضائية لا محل لإعمالها بخصوص إجراءات التحكيم. وبناء عليه قرر المحكم أنه من غير اللازم أن يفحص مسألة التنازل عن الحصانة من قبل الدولة المعنية.

ويمكن أن نذكر أيضا حكم التحكيم التمهيدى الصادر فى القضية رقم ٣٨٧٩ فى ٢٥ مارس لعام ١٩٨٤ فى إطار غرفة التجارة الدولية(٢). وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن كل من مصر، والسعودية، والإمارات، وقطر، قد أبرمت فى ١٩ أبريل عام ١٩٧٥ إتفاقية تم بموجبها إنشاء الهيئة العربية للتصنيع Arab Organization For Industrialization

---

(١) انظر:

Sentence intérimaire rendue dans l'affaire No. 2321, en 1974, clunet 1975, P. 938, obs. Y. Derains.

(٢) انظر:

Sentence préjudicielle du 25 Mars 1984, affaire No. 3879, westland helicopters united C/ Arab organization for industrialization, Emirats arabes unis, Royaume d'arabie saoudite, quatar, République arabe d'Égypt, Arab British Helicopters company (Egypte), clunet 1985, P. 232, Rev. Arb., 1989, P. 547.

وفى نفس المعنى انظر:

Sentence rendue à Paris le 16 Février 1983, Rev. Arb., 1986, P. 105. Spéc. 117 - 118.

بهدف تطوير صناعة التسليح لمصلحة هذه الدول. ولقد أبرمت الهيئة المذكورة مع الشركة الإنجليزية ويست لاند Westland للهليوكوبتر عقدا بموجبه تم إنشاء شركة مختلطة غرضها القيام بتصنيع وبيع الهليوكوبتر من نوع «Lynx». ولأجل هذا الغرض أبرمت الشركة الإنجليزية ويست لاند العديد من العقود مع هذه الشركة في ٢٧ فبراير عام ١٩٧٨. بيد أنه في ١٤ مايو عام١٩٧٩، (أى بعد اتفاقية كامب ديفيد بين مصر واسرائيل)، وبناء على قرارات القمة العربية التى عقدت فى بغداد، قررت الدول الثلاث: السعودية، والإمارات، وقطر، إنهاء وجود الهيئة بدءا من أول يوليو عام ١٩٧٩ وتشكيل لجنة لتصفيتها، واعتبار كل العقود التى أبرمتها لاغية. على أثر ذلك، تقدمت الشركة الإنجليزية ويست لاند بعريضة تحكيم إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية. ونظرا لتغيب الأطراف الأخرى عن المشاركة فى إجراءات التحكيم، تم تشكيل محكمة التحكيم بمعرفة المحكمة لتابعة للغرفة.

ولقد حضر ممثل عن جمهورية مصر العربية أمام محكمة التحكيم ونازع فى اختصاصها مستندا فى ذلك على العديد من الأسباب من بينها الحصانة القضائية التى تتمتع بها ج.م.ع. كدولة.

محكمة التحكيم والتى اتخذت من جنيف بسويسرا مقرا لها أصدرت حكما تمهيديا بشأن إختصاصها أكدت فيه أنه وفقا للمفهوم السائد فى سويسرا وغيرها، فإن إبرام اتفاق تحكيم يتضمن التنازل عن الدفع بالحصانة القضائية.

وفى نفس المعنى يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر فى قضية ليامكو Liamco ضد الحكومة الليبية فى ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧(١). ففى

---

(١) انظر الحكم فى: Rev. Arb., 1980, Spéc. P. 145.

إذ يذكر الحكم:

«un État peut toujours renoncer valablement à ses droits dits de souveraineté en signant un accord d'arbitrage et en demeurant alors lié par celui - ci.»

هذه القضية، رفضت الحكومة الليبية المشاركة فى إجراءات التحكيم بحجة أن التحكيم يتعارض مع سيادتها. بيد أن المحكم الوحيد الإستاذ محمصانى رفض هذه الحجة مؤكدا على أن الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية وتوقع على اتفاق التحكيم وتظل ملزمة به.

خلاصة القول: انتهى الفقه فى مجموعه، وكذلك أحكام التحكيم، إلى أن الدولة التى وافقت على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية لا يجوز لها الاحتجاج بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم.

وبناء عليه لو أن إحدى الدول المنتجة للبترول وافقت على إدراج شرط تحكيم، وهو الفرض الشائع، فى العقد المبرم بينها وبين إحدى شركات البترول الأجنبية لأجل استغلال ثرواتها البترولية فلا يجوز لها، فيما بعد، أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة التحكيم التى تشكل للفصل فى النزاع الذى قد ينشأ بينهما بمناسبة هذا العقد.

الحالة الثانية: أثر اتفاق التحكيم على تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية:

قد يبدو غريبا للوهلة الأولى القول بتمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية ونحن بصدد الحديث عن التحكيم. بيد أنه لا غرابة فى الأمر إذ أن المحاكم القضائية قد تتدخل فى بعض الأحيان - على نحو ما رأينا - سواء لتشكيل محكمة التحكيم أو أثناء إجراءات التحكيم من أجل إقامة الأدلة أو اتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية أو بعد صدور حكم التحكيم بمناسبة دعوى البطلان التى يرفعها أحد الطرفين ضد حكم التحكيم أو الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه من أجل شموله بالصيغة التنفيذية. ففى مثل هذه الحالات، يثور التساؤل عما إذا كان اتفاق التحكيم يفيد تنازل الدولة عن الحصانة القضائية أمام المحاكم القضائية؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغى أن نفرق بين فرضين: الفرض الذى

تكون فيه الدولة ذاتها هى التى لجأت إلى القضاء الوطنى لدولة أخرى. وفى هذا الفرض لن تكون هناك أية صعوبات تذكر إذ أن التجاء الدولة إلى هذا القضاء يفيد التنازل الضمنى من جانبها عن التمسك بحصانتها القضائية(١).

غير أن الصعوبة تثور فى الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر مع الدولة هو الذى لجأ إلى القضاء الوطنى. حيث يثور التساؤل فى هذا الفرض عما إذا كانت موافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم تعد بمثابة تنازل ضمنى من قبلها عن التمسك بالحصانة القضائية؟

لقد أجابت الاتفاقية الأوربية الخاصة بحصانة الدول الأجنبية لعام ١٩٧٢ على هذا التساؤل بالإيجاب، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١/١٢) من هذه الاتفاقية على أنه: «لو أن دولة متعاقدة قبلت كتابة بأن تخضع للتحكيم المنازعات التى نشأت من قبل أو التى يمكن أن تنشأ فى المسائل المدنية والتجارية، فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجرى على إقليمها التحكيم أو يجرى التحكيم وفقا لقانونها ...». يتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوربية تعتبر قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم يفيد التنازل عن التمسك بحصانتها القضائية فى الدولة التى يجرى التحكيم وفقا لقانونها أو التى يجرى على إقليمها التحكيم(٢).

كما يتضمن القانون الانجليزى الخاص بحصانة الدولة الأجنبية لعام ١٩٧٨ نصا مماثلا. فطبقا لنص المادة (٩) منه فإن التوقيع على شرط التحكيم أو إبرام اتفاق تحكيم يكفى لمنع الدولة من المطالبة بالاستفادة من الحصانة القضائية(٣).

---

(١) انظر: BOUREL (P.), Op. Cit., P. 126.

(٢) راجع فى ذلك: Ibid, P. 130.

(٣) راجع:

CRAWFORD (J.), les États et L'exécution des sentences arbitrales dans les droits Américains et Anglais, Rev. Arb., 1985, P. 689, Spéc. PP. 699 - 700.

وإذا كان القانون الأمريكى للحصانات الأجنبية لعام ١٩٧٦ لم يتعرض صراحة لهذه المسألة بيد أن المناقشات البرلمانية التى سبقت إصدار هذا القانون تسمح بالرد على هذا التساؤل بالإيجاب. حيث أن الاتفاق على إجراء التحكيم فى إقليم دولة أخرى كان قد ذكر كمثال على التنازل الضمنى عن الحصانة فى المناقشات التى جرت فى مجلس النواب(١). هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن القضاء الحديث فى الولايات المتحدة الأمريكية يؤكد على أن الاتفاق على إجراء التحكيم فى أى بلد كان يفيد التنازل عن الحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى لهذه الدولة(٢).

أما فى فرنسا، فإن هذه المسألة كانت محلا للخلاف فى الفقه والقضاء.

فعلى الصعيد الفقهى، يمكننا أن نميز بين فريقين: فقد ذهب فريق من الفقه(٣)، إلى القول بأن الدولة بقبولها اللجوء إلى التحكيم، فإنها تكون

---

(١) انظر: Ibid, P. 692.

(٢) راجع:

Ipitrade Inernational S.A C/ Federal republic of Nigeria, 465 F Supp. 824 (DDC 1978); Libyan American Oil company C/Socialist people's Arab Jamahirya. 482 F Supp. 1175. (DDC 1980). Cité Par: CRAWFORD (J.), Op. Cit., P. 692, Note 10 et 11.

(٣) انظر:

GOLDMAN (B.), Note sous Paris, le 21 Juillet 1984. clunet 1985, P. 142, Spec. P. 145.

حيث يقول:

«Nous pensons que la solution extensive est preferable, car en acceptant de se soumettre à l'arbitrage, L'État doit avoire, en bonne foi, accepte de se soumettre aussi à toutes les procedures étatiques qui lui sont liées: pourrait - on admettre, par exemple, qu'après avoir obtenu une sentence arbitrale lui donnant satisfaction, L'État tente de paralyser les voies de recours formées contre cette sentence devant les juridictions étatiques compétentes, en opposant son immunité de juridiction? -

بذلك قد تنازلت بالضرورة عن التمسك بالحصانة القضائية ليس فقط أمام المحكمين، بل أيضا أمام القضاء الوطنى الذى تطرح عليه أية مسألة تتصل بالتحكيم. وذلك لأن الدولة بقبولها الخضوع للتحكيم، يجب وفقا لمبدأ حسن النية أن تكون قد قبلت أيضا الخضوع لكل الإجراءات القضائية المرتبطة بهذا التحكيم. فمن غير المقبول، مثلا، أن تحاول الدولة، بعد أن تكون قد حصلت على حكم تحكيم لصالحها، عرقلة الطعون التى تقدم ضد هذا الحكم أمام القضاء الوطنى المختص، متمسكة فى ذلك بحصانتها القضائية.

فى حين ذهب فريق آخر(١)، إلى القول بأن اتفاق الدولة على

- وفى نفس المعنى انظر:

RUZIÉ, Note sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970, J.C.P., 1971,11,16810.

إذ يقول:

«Il ne nous semble guère possible de dissocier la procedure arbitrale de celle de l'exequature qui est nécessaire pour parfaire le titre arbitrale».

وأيضا:

DELVOLVÉ (J-L.), Note sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970 et cours d'appel de Paris, 29 Janvier 1975, Rev. Arb., 1975, P. 328, Spéc. P. 337.; E. LOQUIN, Note sous Paris, 25 Novembre 1977, clunet 1979, P. 131, Spéc. P. 138.

(١) انظر:

BOUREL (P.), Op. Cit., P. 132 etSS.; KAHN (Ph.), Note sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970, clunet 1971, P. 131, Spéc. PP. 135 - 136.

وفى نفس الاتجاه انظر:

H. BATIFFOL, Note sous cassation, 5 Octobre 1965, Rev. Crit., 1967, P. 158, Spéc. P. 161.; EISEMANN (F.), La situation actuelle ..., Op. Cit., P. 296.; VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., P. 461 etS.

وأيضا: د. حفيظة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضائى ......، المرجع السابق، ص ص ١٧٢ - ١٧٣.

اللجوء للتحكيم لا يفيد بأن هذه الدولة قد تنازلت ضمنيا عن التمسك بحصانتها أمام القضاء الوطنى، وذلك على أساس أن تمتع الدولة بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى هو المبدأ، وأن التنازل عن هذه الحصانة هو الاستثناء، ولذلك فإن هذا التنازل يجب أن يكون مؤكدا وواضحا بدون لبس أو غموض. ولا يمكن القول بأن الاتفاق على التحكيم يكشف عن إرادة الدولة الضمنية فى التنازل عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى. إن الشىء الوحيد المؤكد بالنسبة لاتفاق التحكيم هو أن الدولة قد قبلت بموجب هذا الاتفاق حسم المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص بواسطة المحكمين، وبالتالى التنازل أمام هؤلاء فقط عن الاستفادة بالتمسك بحصانتها القضائية. فاتفاق التحكيم لا يمكنه أن يحدث أثرا آخر غير ذلك الذى قصد الأطراف أن يعطوه إياه. والأثر الذى يترتب على اتفاق التحكيم هو استبعاد اختصاص المحاكم القضائية واسناد الفصل فى النزاع إلى المحكمين.

ويرى بعضهم(١) أن القول بأن اتفاق التحكيم يعد بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى يقوم على فكرتين محل جدل. الفكرة الأولى وتتمثل فى أن قبول الدولة لاختصاص المحكمين يعد بمثابة تنازل من قبلها عن التمسك بالحصانة القضائية أمام المحكمين، هذا فى حين أن الحصانة القضائية تعد فكرة غريبة عن التحكيم، إذ أن الأسس التى تقوم عليها الحصانة وهى مبدأ الاستقلال والمساواة بين الدول والتى تبرر التمسك بالحصانة لا محل لإعمالها أمام المحكمين. ومن ثم فإن نظرية التنازل عن الحصانة أمام المحكم والتى تمتد آثارها إلى القضاء الوطنى، تعد نظرية هشة Fragile من أساسها.

أما الفكرة الثانية فتتمثل فى النظر إلى منح القوة التنفيذية

---

(١) انظر:

P. MAYER, Note sous cassation, 18 Novembre 1986, Rev. Crit., 1987, P. 786, Spéc. PP. 788 - 789.

L'exequature على أنه بمثابة التكملة الضرورية لحكم التحكيم، والذى بدونه يكون حكم التحكيم ناقصا. إن هذه الفكرة تتعارض مع النظر إلى التحكيم على أنه قضاء خاص مستقل وفعال بفضل الجزاءات الخاصة به. وحتى مع قبول أن حكم التحكيم بدون منحه القوة التنفيذية يعد حبرا على ورق ومعدوما من كل أثر، فلا يجب أن ننسى أنه يظل ممكنا، على الأقل من الناحية النظرية، اللجوء إلى المحاكم القضائية للدولة الطرف من أجل الحصول على القوة التنفيذية لحكم التحكيم.

أما القول بأن الدولة التى تتمسك بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى تخالف مبدأ حسن النية، فهذا القول يفترض أن حكم التحكيم لا يكون له أى فائدة بدون الحصول على القوة التنفيذية له من محاكم دولة أخرى غير الدولة الطرف، وهو أمر تعسفى. بالإضافة إلى ذلك، إذا كان حسن النية يحظر على الدولة أن تتمسك بالدفوع التى من شأنها جعل حكم التحكيم غير فعال على الرغم من قبولها التحكيم من حيث المبدأ، فإن هذا يستتبع الذهاب إلى حد القول بأن اتفاق التحكيم يفيد التنازل عن الحصانة التنفيذية، هذا فى حين أنه من المسلم به أن التنازل عن الحصانة القضائية لا يترتب عليه مطلقا التنازل عن الحصانة التنفيذية.

ومع ذلك يرى بعض أصحاب هذا الاتجاه(١) أن اتفاق التحكيم قد يتضمن ما يكشف عن إرادة الدولة فى التنازل عن حصانتها أمام القضاء الوطنى. وبناء عليه، فإن القول بما إذا كان اتفاق التحكيم يفيد التنازل الضمنى من قبل الدولة عن حصانتها أمام القاضى الوطنى من عدمه يتوقف على ظروف كل حالة على حدة. ويتولى القاضى الوطنى تقدير ما إذا كانت الدولة الأجنبية، بقبولها اللجوء إلى التحكيم، قد تنازلت أم لا عن الاستفادة من التمسك بحصانتها القضائية.

---

(١) انظر بصفة خاصة:

BOUREL (P.), Op. Cit., PP. 132 - 133.; KAHN (Ph.), Note Sous tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970, Op. Cit., PP. 135 - 136.

وعلى الصعيد القضائى، لم تعرض هذه المسألة على القضاء الفرنسى إلا بمناسبة شمول حكم التحكيم بالقوة التنفيذية. ولقد اتجه القضاء فى بادىء الأمر إلى التأكيد على أن قبول الدولة الأجنبية لشرط التحكيم لا يعد مطلقا بمثابة تنازلا منها عن حصانتها القضائية(١).

بيد أن القضاء قد عدل فيما بعد عن هذا الاتجاه، وأكد على أن توقيع الدولة الأجنبية على شرط التحكيم يفيد التنازل من قبلها عن الحصانة القضائية أمام المحكمين وكذلك حكم التحكيم الصادر عنهم، بما فى ذلك إجراءات منح القوة التنفيذية والتى تعد لازمة وضرورية لكى يحصل حكم التحكيم على كامل قوته. وقد أكد القضاء الفرنسى هذا المبدأ فى قضيتين من أشهر القضايا التى عرضت عليه فى هذا الخصوص وهما: قضية الشركة الأوربية للدراسات والمشروعات ضد يوغسلافيا، وقضية SOABI ضد السنغال. ونعرض فيما يلى لهاتين القضيتين بشىء من الإيجاز.

١ - قضية الشركة الأوربية للأبحاث والمشروعات ضد يوغوسلافيا:

تتلخص وقائع هذه القضية فى أن الشركة الأوربية للائتمان العقارى، والتى حلت محلها فيما بعد الشركة الأوربية للأبحاث والمشروعات «la societe europeenne d'etudes et d'entreprises» أبرمت عقدا فى ٣ يناير عام ١٩٣٢ تعهدت بموجبه بإنشاء خط سكة حديد فى يوغسلافيا وإمداده بالتجهيزات اللازمة فى مقابل مبلغ من المال فى شكل سندات يتم الوفاء بها فى خلال اثنى عشر عاما. قامت الشركة الأوربية

---

(١) انظر:

- Cas. Civ., 5 Octobre. 1965, J.C.P., 1966, 11, 14831, Obs. Marc. Ancel. Rev. Crit., 1967, P. 158, note. H. BATIFFOL.
- Cass. Civ., 2 mars 1966, J.C.P., 1966, 11, 14831, Obs. N. Ancel.
- Tribunal civil de seine, 24 Mai 1961, J.C.P., 1961, 11, 12196, Obs. J.A.; Rev. Crit., 1962, P. 748.

بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها. وقامت يوغسلافيا بالسداد حتى عام ١٩٤١، ثم توقفت عن الوفاء بقيمة السندات المستحقة عليها عقب إنتهاء الحرب العالمية الثانية. وعلى أثر ذلك، لجأت الشركة الأوربية للتحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد.

وفى ٢ يوليو عام ١٩٥٦ أصدرت محكمة التحكيم حكما بإلزام الحكومة اليوغسلافية بدفع مبلغ يجاوز ستة مليارات من الفرنك. وفى ١٠ أكتوبر عام ١٩٦٩، أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بباريس أمرا بشمول حكم التحكيم بالقوة التنفيذية، وهو ما سمح للشركة الأوربية بتوقيع الحجز التحفظى على الأموال المملوكة للحكومة اليوغسلافية لدى البنك الدولى للإنشاء والتعمير فى ٢ مارس عام ١٩٧٠.

طلبت الحكومة اليوغسلافية من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس إلغاء الأمر الصادر فى ١٠ أكتوبر عام ١٩٦٩ المذكور أعلاه، واستندت فى ذلك إلى الحصانة القضائية والتنفيذية التى تتمتع بها. كما استندت إلى أن هذا الأمر يحمل مساسا بالنظام العام فى فرنسا.

فى ٨ يوليو عام ١٩٧٠ أصدر رئيس المحكمة الإبتدائية بباريس أمرين(١): الأول أكد فيه، فيما يتعلق بالدفع بالحصانة القضائية، على أن «الدولة بتوقيعها على شرط التحكيم تكون بذلك قد قبلت التنازل عن الحصانة القضائية تجاه المحكمين وأيضا تجاه حكم التحكيم الصادر عنهم بما فى ذلك إجراءات منح القوة التنفيذية التى تعد ضرورية لكى يحصل حكم التحكيم على كامل قوته». كما أكد على أن الأمر بمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم لا يعد من أعمال التنفيذ، بل مجرد عمل سابق على الإجراءات

---

(١) انظر:

Tribunal de grande instance de Paris, 8 Juillet 1970 (deux ordonnances), J.C.P., 1971, 11, 16810, Obs. D. Ruzié.; Rev. Arb. 1975, P. 328, Note. J.L. Delvolvé.; Clunet 1971, P. 131, Note. Ph. KAHN.

التنفيذية، ومن ثم فإن الأمر الصادر بمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم لا يشكل مساسا بالحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة.

ومع ذلك، فإن رئيس المحكمة الابتدائية قد انتهى إلى إلغاء الأمر الصادر فى ١٠ أكتوبر عام ١٩٦٩ بمنح القوة التنفيذية لحكم التحكيم وذلك لمخالفته للنظام العام فى فرنسا. وبناء عليه، أصدر الأمر الثانى بالغاء الحجز التحفظى الذى سبق وأن أجرته الشركة فى ٢ مارس عام ١٩٧٠.

طعنت الشركة على هذين الأمرين المذكورين أمام محكمة استئناف باريس والتى أيدت هذين الأمرين فى حكمها الصادر فى ٢٩ يناير عام ١٩٧٥(١).

ولما عرض الأمر على محكمة النقض، قضت المحكمة فى ١٤ يونيو عام ١٩٧٧ بإلغاء حكم محكمة الاستئناف السالف الذكر، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف Orleans والتى أيدت حكم محكمة استئناف باريس.

ولما عرض الأمر مرة أخرى على محكمة النقض قضت بإلغاء الحكم الأخير بموجب حكمها الصادر فى ١٣ أكتوبر عام ١٩٨١، وأحالت القضية إلى محكمة استئناف Rouen والتى أصدرت حكما فى ١٣ نوفمبر عام ١٩٨٤(٢)، قضت فيه بصحة الحجز التحفظى الموقع من قبل الشركة على الأموال المملوكة للحكومة اليوغسلافية لدى البنك الدولى للإنشاء والتعمير، وذلك بعد أن أكدت على عدم تمتع يوغسلافيا بالحصانة القضائية مستندة فى ذلك على أن العقد موضوع النزاع لا يعد من قبيل اعمال السلطة العامة، بل يعتبر من عقود القانون الخاص.

---

(١) انظر:
Paris, 29 Janvier 1975, Rev. Arb. 1975, P. 328, Note. J.L. Delvolvé.

(٢) راجع فى هذا الحكم والأحكام السابقة عليه:
Clunet, 1985, P. 473, Not. B. Oppetit; Rev. Crit., 1985, P. 658, Note. P. Mayer; Rev. Arb. 1985, P. 115, Not. J.L. Delvolvé.

ولما عرض هذا النزاع مرة ثالثة على محكمة النقض للفصل فيه، أصدرت حكما فى ١٨ نوفمبر عام ١٩٨٦(١) أكدت فيه على أن «الدولة الأجنبية، التى خضعت لقضاء المحكمين، بموجب توقيعها على شرط التحكيم، تكون بذلك قد قبلت أن يكون حكم التحكيم الصادر عنهم مشمولا بالصيغة التنفيذية».

وبهذا الحكم، وضعت محكمة النقض الفرنسية نهاية للنزاع الذى طال أمده، أمام المحاكم الفرنسية. كما أقرت المحكمة المبدأ الذى سبق وأن قرره رئيس المحكمة الابتدائية بباريس فى الأمر الصادر منه فى ٨ يوليو عام ١٩٧٠ السالف الذكر، والذى مفاده أن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم وقبولها الخضوع لقضاء المحكمين يفيد التنازل من قبلها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى.

ولقد أتيحت الفرصة مرة أخرى لمحكمة النقض للتأكيد على هذا المبدأ فى قضية شركة SOABI ضد السنغال، وهى القضية التى نعرض لها الآن.

٢ - قضية الشركة SOABI ضد السنغال:

وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن الشركة الغربية الأفريقية للجلود الصناعية «Societe Ouest Africaine des Betons industriels (SOABI)» قد حصلت على حكم تحكيم صدر عن محكمة تحكيم مشكلة

---

(١) راجع:

Cass. Civ., 18 Novembre 1986, Rev. Crit., 1987, P. 786, Note. P. Mayer; Clunet, 1987, P. 120, Note. B. Oppetit; Rev. Arb. 1987, P. 149, Note. J.L. Delvolvé.

إذ ذكرت أن:

«En souscrivant une clause compromissoire, L'État etranger, qui S'est Soumis à la juridiction des arbitres a, par là - même, accepté que leur sentence puisse être revêtue de l'exequature».

فى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فى ٢٥ فبراير عام ١٩٨٨ بالزام دولة السنغال بدفع العديد من المبالغ لصالحها لتعويضها عن الأضرار التى لحقت بها من جراء فسخ العقد المبرم بينهما بالإرادة المنفردة من جانب دولة السنغال. كما استطاعت الشركة أن تحصل على أمر بشمول هذا الحكم بالقوة التنفيذية من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس فى ١٤ نوفمبر عام ١٩٨٨.

طعنت دولة السنغال على هذا الأمر أمام محكمة استئناف باريس والتى أصدرت فى ٥ ديسمبر عام ١٩٨٩(١) حكما قضت فيه بالغاء الأمر بشمول حكم التحكيم بالقوة التنفيذية المذكور أعلاه، وذلك بالتطبيق للمادة ١٥٠٢/٥ من قانون المرافعات بشأن التحكيم، والتى تجيز الطعن فى القرار الصادر بالاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كان الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه يتعارض مع النظام العام. حيث قررت محكمة الإستئناف أن الحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة الأجنبية تعد فى فرنسا مبدأ عاما، وأنه لا يمكن استبعادها إلا على سبيل الاستثناء عندما تكون الأموال الواجب التنفيذ عليها مخصصة من قبل هذه الدولة لنشاط تجارى واقتصادى من أنشطة القانون الخاص.

ولما كانت الشركة المستفيدة لم تقم باثبات أن التنفيذ سيتم على أموال مخصصة من قبل الدولة لنشاط تجارى واقتصادى، فإن تنفيذ حكم التحكيم سيصطدم مع النظام العام الدولى وبالتالى يتعين رفض طلب القوة التنفيذية.

طعنت الشركة على هذا الحكم أمام محكمة النقض، والتى أصدرت

---

(١) راجع:
Paris, 5 Décembre 1989, Rv. Crit., 1991, P. 121, Note. ZIADÉ; clunet 1990, P. 141, Note. E. Gaillard; Rev. Arb. 1990, P. 164, Note. A. Broches.

حكما فى ١١ يونيه عام ١٩٩١(١) قضت فيه بإلغاء حكم الإستئناف المذكور أعلاه، وأكدت فيه على أن «الدولة التى قبلت الخضوع لقضاء التحكيم تكون قد قبلت فى نفس الوقت أن يصطبغ حكم التحكيم بالقوة التنفيذية والتى لا تشكل فى حد ذاتها عملا من أعمال التنفيذ الذى يمكن التمسك بصدده بالحصانة التنفيذية للدولة المعنية».

ونحن نؤيد الأخذ بالرأى الذى ذهب إلى اعتبار قبول الدولة أو أجهزتها اللجوء إلى التحكيم يعد بمثابة تنازل منها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى عندما تطرح عليه أية مسألة تتعلق بالتحكيم أو بالنزاع المتفق على اللجوء إلى التحكيم بشأنه. لأن القول بغير ذلك معناه أنه لا جدوى من الأخذ بنظام التحكيم فى مجال المعاملات التى تبرم بين الدول أو الأجهزة التابعة لها والأشخاص الخاصة الأجنبية. حيث يصبح من غير الممكن اللجوء إلى القضاء الوطنى لتذليل الصعوبات التى تعترض تشكيل محكمة التحكيم عندما يمتنع أحد الطرفين عن تعيين محكمه أو يتعذر على المحكمين المعينين من قبل الطرفين عن التوصل إلى اتفاق بشأن تعيين المحكم الثالث مثلا. كما يصبح من المستحيل أيضا اللجوء إلى القضاء لمساعدة محكمة التحكيم فى الحصول على الأدلة. وبالتالى تصبح النصوص التشريعية وغيرها التى تجيز للقضاء الوطنى التدخل فى مثل هذه الحالات، مجرد حبر على ورق، وعبث لا فائدة منه عندما تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فى التحكيم.

---

(١) راجع:

Cass. Civ., 11 Juin 1991, Rev. Arb. 1991, P. 637, Note. A.Broches; Clunet 1991, P. 1005, Note. E. Gaillard.

إذ قضت بأنه:

«L'État étranger qui s'est soumis à la juridicition arbitrale a, par là -même, accepté que la sencence puisse être revêtue de l'exequature lequel ne constitue pas, en lui - même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'État considéré».

أما القول بأن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم لا يفيد بأنها قد تنازلت ضمنيا عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى، لأن التنازل يجب أن يكون مؤكدا وواضحا، فمن غير الممكن التسليم به. إذ أنه من المعلوم مقدما للدول والأجهزة التابعة لها عند اتفاقها على التحكيم أن التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، تجيز للقضاء الوطنى - دون أن تميز بين ما إذا كانت الدولة طرفا فى التحكيم أم لا - التدخل فى بعض الأحيان، على سبيل المثال للمساعدة فى تشكيل محكمة التحيكم أو فى الحصول على الأدلة. كما أنه من المعلوم أيضا أن القضاء الوطنى فى الدولة مقر التحكيم هو المختص بدعوى البطلان التى ترفع ضد حكم التحكيم بعد صدوره. وبناء عليه، يبدو لنا أن اتفاق الدولة أو أحد أجهزتها على أن يكون مقر التحكيم فى الخارج أو أن يتم فى إطار مركز تحكيم يقع مقره فى دولة أجنبية أو تتفق على تطبيق قواعد تحكيم أو قانون أجنبى يجيز للقضاء الوطنى التدخل فى بعض الأحيان، يعد بمثابة تنازل ضمنى من قبلها عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى.

المطلب الثانى

أثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة التنفيذية

إلى جانب الحصانة القضائية التى تتمتع بها الدولة تجاه القضاء الوطنى لدولة أخرى، هناك نوع آخر من الحصانة تتمتع بها الدولة. ويعرف هذا النوع الأخير بالحصانة التنفيذية Immunité d'exécution.

وعلى الرغم من الصلة الوثيقة بين كل منهما، فإن الحصانة التنفيذية لا تعتبر أثرا ولا نتيجة للحصانة القضائية. فالحصانة القضائية تهدف إلى الحيلولة دون مثول الدولة أمام القضاء الوطنى لدولة أخرى لما فى ذلك من انتهاك لاستقلال الدولة وسيادتها. بينما الحصانة التنفيذية تهدف إلى الحيلولة

دون أتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى ضد الدولة لما ينطوى عليه من تهديد لاستقرار الحياة الدولية(١).

وبالنظر لاستقلال كل من فكرتى الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية، فإن تنازل الدولة عن الحصانة القضائية لا يعتبر تنازلا عن حصانتها التنفيذية. وهو الحل الذى تبنته معاهدتا فيينا لسنة ١٩٦١، وسنة ١٩٦٣(٢). ولقد استقر القضاء الفرنسى على الأخذ بهذا الحل. ففى الأمر الصادر من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس فى ٨ يوليو عام ١٩٧٠(٣). بعد أن أكد القاضى على أن الدولة الأجنبية بتوقيعها على شرط التحكيم تكون بذلك قد تنازلت عن حصانتها القضائية. أكد أيضا على أن «التنازل عن الحصانة القضائية لا يترتب عليه مطلقا التنازل عن الحصانة التنفيذية». فالقاضى لم يذهب إلى حد تقرير أن التنازل عن الحصانة القضائية يمتد أيضا إلى الحصانة التنفيذية، بل لقد قرر، على العكس، أن التنازل عن الحصانة القضائية لا يترتب عليه التنازل عن الحصانة التنفيذية.

كما أخذت بهذا الحل محكمة إستئناف باريس. ففى حكمها الصادر فى ٢١ ابريل عام ١٩٨٢(٤) أكدت المحكمة على أن «تنازل الدولة الإيرانية عن حصانتها القضائية لا يترتب عليه مطلقا التنازل عن حصانتها التنفيذية. ومن ثم فإن تنازل إيران عن الحصانة القضائية لا أثر له على صحة الحجز التحفظى المتنازع فيه».

---

(١) انظر: د. حفيظة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضائى ......، المرجع السابق، ص ص ١٧٤ - ١٧٥.

(٢) راجع أستاذنا الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، الإختصاص القضائى ......، المرجع السابق، ص ٢١٠.

(٣) انظر هذا الأمر (سبقت الإشارة إليه ص ٤٢٨) حيث يقول:

«La Renonciation `a l'immunité de juridiction n'entraine nullement renonciation `a l'immunité d'exécution».

(٤) انظر:

Paris, 12 Avril 1982, Rev. Arb. 1982, P. 204 etS.

إذ يذكر أن:

«La prétendue renonciation par l'État étranger `a son immunité de juridiction N.'impliquerait nullement une renonciation correlative `a son immunité d'exécution».

وقد ظلت الحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة ضد إجراءات التنفيذ مطلقة لفترة طويلة حيث كان يتم التمسك بها دائما لمنع تنفيذ أى حكم يصدر بإدانة الدولة. وكان يبرر هذه الحصانة المطلقة فداحة الاضرار التى تنجم عن التنفيذ الجبرى للحكم الصادر ضد الدولة، على صعيد العلاقات الدولية. هذا بالاضافة إلى أن من شأن هذا التنفيذ المساس بسيادة الدولة واستقلالها. بيد أن هذه الحصانة المطلقة بدأت تهتز نتيجة الإنتقادات التى تعرضت لها فى مختلف الدول. لأنه من غير المقبول أن تبقى الأحكام الأجنبية عديمة القيمة لمجرد أنها صادرة ضد الدولة كما أنه مما يتعارض مع حسن النية أن يواجه المتعامل مع الدولة العقبة تلو الأخرى فبعد أن يتخطى الحصانة القضائية، ويحصل على حكم يواجه بعقبة جديدة هى الحصانة التنفيذية(١).

ولذا أصدرت بعض الدول تشريعات تقيد من الحصانة التنفيذية للدولة بعد أن ظلت سنوات طويلة تأخذ بالحصانة المطلقة. فقد أخذ قانون الولايات المتحدة الأمريكية الصادر بشأن حصانة الدول الأجنبية عام ١٩٧٦ بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيدة. وقد فرق هذا القانون بين الاجراءات التحفظية Les mesures conservatoires والاجراءات التنفيذية Les museres d'exécution. وحظر اتخاذ أى إجراء تحفظى ضد الدولة وفروعها مالم يوجد تنازل صريح من قبلها، بينما أجاز التنفيذ على أموال الدولة وفروعها إذا كانت هذه الأموال مخصصة للنشاط التجارى الذى قامت عليه المطالبة القضائية. ويعنى هذا أن القانون الأمريكى يشترط لاستبعاد الحصانة التنفيذية توافر شرطين هما: الأول أن يكون النشاط محل النزاع نشاطا تجاريا، والثانى أن توجد صلة وثيقة بين الأموال المراد التنفيذ عليها والنشاط التجارى محل المطالبة القضائية(٢).

---

(١) راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، الإختصاص القضائى ....، المرجع السابق، ص ص ٢١١ - ٢١٢.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 312 etS. No. 527 etS.;
CRAWFORD (J.), Op. Cit., P. 693 etS.

كما أخذ التشريع الانجليزى بشأن الحصانة الصادر عام ١٩٧٨ بالحصانة التنفيذية المقيدة، حيث أنه أجاز التنفيذ على الأموال المملوكة للدولة إذا كانت هذه الأموال مستخدمة فى الأغراض التجارية. وبعبارة أخرى، فإن هذا القانون استبعد من نطاق الحصانة التنفيذية الأموال المستخدمة أو التى تكون مخصصة للاستخدام فى أنشطة تجارية(١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا القانون لم يتطلب لاستبعاد الحصانة التنفيذية أن توجد صلة ما بين النشاط التجارى محل النزاع والأموال المراد التنفيذ عليها، بل يكتفى فقط بأن تكون هذه الأموال مستخدمة، لحظة التنفيذ عليها، فى أغراض تجارية. كما أجاز هذا القانون اتخاذ الاجراءات التحفظية على الأموال المملوكة ضد فروع الدولة، فى المقابل، لم يسمح هذا القانون باتخاذ هذه الاجراءات ضد الدولة ذاتها، حتى وإن كانت الأموال المملوكة لها مستخدمة فى أنشطة تجارية(٢).

ولقد اتجه القضاء الفرنسى إلى الأخذ بمبدأ الحصانة التنفيذية المقيدة. ومن أهم الأحكام التى تذكر فى هذا الصدد، الحكم الصادر عن محكمة إستئناف باريس فى ٢١ أبريل عام ١٩٨٢(٣). ففى هذا الحكم أكدت المحكمة على أن «الحصانة التنفيذية ليست مطلقة وأنه يمكن استبعادها على سبيل الاستثناء عندما يكون المال المحجوز عليه مخصصا من قبل الدولة الأجنبية لتنفيذ عملية تجارية محضة سواء بواسطة الدولة ذاتها أو بواسطة هيئة أنشأتها الدولة لهذا الغرض».

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية بعبارات مرادفة، على نفس المبدأ الذى أرسته محكمة الاستئناف فى حكمها المذكور أعلاه. ففى حكمها الصادر

---

(١) راجع:
LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 315 etS., No. 534 etS.
(٢) انظر: CRAWFORD (J.), Op. Cit., P. 700 etS.
(٣) راجع الحكم منشور فى: Rev. Arb., 1982, P. 204.

فى ١٤ مارس لسنة ١٩٨٤(١) فى الطعن الذى أقامته أمامها شركتا Eurodif et Sofidif ضد حكم محكمة الاستئناف السالف الذكر، أكدت محكمة النقض على أن «الحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة الأجنبية تعد مبدأ، ومع ذلك يمكن استبعاد هذه الحصانة على سبيل الاستثناء وذلك عندما يكون المال المحجوز عليه مخصصا لنشاط اقتصادى أو تجارى من أنشطة القانون الخاص الذى يمكن أن يكون محلا للمطالبة القضائية». ولقد أتيحت الفرصة لمحكمة النقض للتأكيد على نفس المبدأ فى عدة قضايا أخرى(٢).

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز للدولة التنازل عن حصانتها التنفيذية. وكل ما يشترط لكى يحدث هذا التنازل أثره أن يكون واضحا ومؤكدا، وقد يكون التنازل عن الحصانة صريحا وقد يكون ضمنيا(٣). وهنا يثور التساؤل التالى: هل يعتبر الاتفاق على التحكيم بمثابة تنازل من قبل الدولة عن حصانتها التنفيذية التى تتمتع بها أمام القضاء الوطنى بمناسبة اتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية أو إجراءات التنفيذ؟ بعبارة أخرى، إذا كان شرط التحكيم يعد بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التمسك بالحصانة

---

(١) انظر الحكم منشور فى:

Cass. Civ., 14 Mars 1984, Rev. Arb. 1985, P. 69, Note. G. Couchez., Clunet 1984, P. 598, Not. B. Oppetit; Rev. Crit., 1984, P. 644, Note. Bischoff.

إذ يذكر الحكم أن:

«L'immunité d'exécution dont juit l'État étranger est de principe. toutefois, elle peut être exceptionellement écartée, il en est ainsi lorsque le bien saisi a ete affecté à l'activité économique ou commercial relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice».

(٢) انظر:

- Cass. Civ., 1 Octobre 1985, Rev. Crit., 1986, P. 527, Note. B. Audit.
- Cass. Civ., 20 Mars 1989, Rev. Arb. 1989, P. 653, Note. Ph. Fouchard.

(٣) راجع فى ذلك: د. حفيظة السيد الحداد، الموجز فى القانون القضائى .... المرجع السابق، ص ١٧٨ ومابعدها.

القضائية ليس فقط أمام قضاء التحكيم، بل أيضا أمام القاضي الوطني لدولة أجنبية، فهل يمتد هذا التنازل ليشمل أيضا الحصانة التنفيذية التي تتمتع بها الدولة ضد الاجراءات الوقتية والتحفظية أو اجراءات التنفيذ؟

أجاب جانب من الفقه(١) على هذا التساؤل بالنفي، مؤكدين على أن اتفاق التحكيم لا يفيد في ذاته قبول تنفيذ حكم التحكيم. فاتفاق التحكيم موضوعه الوحيد هو إسناد تسوية النزاع إلى محكمة التحكيم. فهذا الاتفاق يعبر عن خضوع الأطراف لمحكمة التحكيم، ويتوقف دوره عند هذا الحد. والقول بغير ذلك يتعارض مع استقلال كل من فكرتي الحصانة القضائية والحصانة التنفيذية.

ومع ذلك يرى هذا الجانب الفقهي أن رفض النظر إلى اتفاق التحكيم على أنه بمثابة تنازل من قبل الدولة عن الحصانة التنفيذية لا يعني أن التنازل عن الحصانة التنفيذية يعد أمرا غير ممكن، بل إن الأمر بكل بساطة هو أن قبول الدولة بموجب شرط التحكيم لاختصاص محكمة التحكيم لا يعني أن هذه الدولة قد ارتضت بذلك الخضوع لسلطان القضاء الوطني فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم. فخضوع الدولة للقضاء الوطني بصدد تنفيذ حكم التحكيم لا يمكن استخلاصه إلا من خلال نص خاص وارد في اتفاق التحكيم يعبر، ولو ضمنيا، عن إرادة مؤكدة وغير غامضة للدولة في هذا المعنى. وفي غياب هذا النص، فإن الدولة تظل محتفظة بالاستفادة من حصانتها التنفيذية، لأن تنازل الدولة عن هذه الحصانة أمر لا يمكن افتراضه.

ولقد تبنت وجهة النظر هذه محكمة إستئناف باريس في

---

(١) انظر:

BOUREL P.), Op. Cit., PP. 138 - 139.; en même sens: B. Oppetil, Note sous Paris, 21 Avril 1982, Clunet 1983, P. 145, Spéc. PP. 151 - 152.

وأيضا: د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون القضائي ....، المرجع السابق، ص ١٧٩.

حكمها الصادر فى ٢١ أبريل عام ١٩٨٢(١). وتتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم فى أن إيران وهيئة الاستثمارات والمساعدات الاقتصادية والفنية الايرانية وهيئة الطاقة النووية الايرانية، طعنت أمام محكمة استئناف باريس في الأمر الصادر من رئيس المحكمة التجارية بباريس فى ٢١ ديسمبر عام ١٩٧٩ والذى رفض طلبهم برفع الحجز التحفظى Saisi _ Conservatoire الذى تم توقيعه فى ٢٩ - ٣٠ أكتوبر عام ١٩٧٩ بواسطة الشركتين Eurodif et Safidif على الأموال المملوكة لايران لدى لجنة الطاقة النووية والدولة الفرنسية، وذلك بناء على الأمر الصادر من نفس المحكمة فى ٢٤ أكتوبر عام ١٩٧٩.

ولقد تمسك الطرف الإيرانى أمام محكمة الإستئناف، من بين ما تمسك به، بأن النص على شرط التحكيم مع تبنى لائحة غرفة التجارة الدولية لا يفيد التنازل عن الحصانة تجاه القضاء الوطنى. فى حين تمسكت كل من الشركتين Eurdif et Sofidif، من بين ما تمسكت به، بأن لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية ترخص للأطراف بأن يطلبوا من السلطات القضائية الوطنية اتخاذ الاجراءات التحفظية. وأن الدولة الايرانية بتبنيها هذه اللائحة، تكون قد قبلت بذلك اتخاذ مثل هذه الإجراءات.

محكمة استئناف باريس فى حكمها المذكور أعلاه أكدت على أنه لا يمكن قبول أن النص على شرط التحكيم يتضمن فى حد ذاته التنازل عن الحصانة التنفيذية. فهذا التنازل لا يمكن استخلاصه إلا من التصرفات المعبرة بشكل واضح عن إرادة الدولة فى التنازل(٢).

---

(١) انظر هذا الحكم منشور فى:

Clunet 1984, P. 145, Note. B. Oppetit; Rev. Arb. 1982, P. 204, Spéc. P. 209 etS.

(٢) تقول المحكمة بالفرنسية أن:

«On ne peut davantage admettre que la stipulation d'une clause compromissoire implique par elle - même une renonciation à l'immunité d'exécution. laquelle ne peut résulter que d'acts manifestant de facon non équivoque la volonté de renoncer».

كما رأت المحكمة أنه من غير المناسب التمسك بالمادة (٨/ه) من لائحة تحكيم الغرفة والتى تجيز للأطراف أن يطلبوا من أى سلطة قضائية اتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية دون أن يعتبر ذلك متعارضا مع اتفاق التحكيم. إذ أن هذا النص غرضه الوحيد هو تفادى أن يشكل اتفاق التحكيم عقبة فى استخدام الاجراءات التحفظية التى ينص عليها القانون. وليس الغرض منه الخروج على الحصانة التنفيذية التى يمكن أن يتمسك بها أحد الأطراف.

كما استبعدت المحكمة أيضا التمسك بالمادة (٢٤) من لائحة تحكيم الغرفة والتى تنص على أن يتعهد الأطراف، بموجب إخضاعهم النزاع للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، بتنفيذ حكم التحكيم الذى يصدر ويتنازلوا عن كل طرق الطعن التى يجوز لهم التنازل عنها. مقدرة أن هذا النص يعد بمثابة تعهد بالخضوع الاختيارى لحكم التحكيم والاعتراف بقوته الملزمة. بيد أنه لا يتضمن أى إشارة إلى الحصانة التنفيذية التى من المحتمل أن يتمسك بها أحد الأطراف. ومن ثم فإن هذا النص لا يجب أن ينظر إليه على أنه يتضمن تنازلا عن حق لا يدخل ضمن موضوعه.

هذا ولقد أقر بعض الفقهاء(١) التفسير الذى قدمته محكمة الاستئناف لنص المادة (٨/ه) السالف الذكر. فقد أكد هؤلاء أن الاعتراف بقدرة الطرف المتعاقد مع الدولة على طلب الإجراءات الوقتية والتحفظية أمام القضاء الوطنى لا يمكن تفسيره على أنه بمثابة خروج على الحصانة التنفيذية التى تتمتع بها الدولة الطرف.

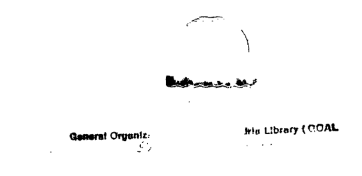
بيد أنهم قد انتقدوا، وبحق، التفسير الذى اعطته هذه المحكمة لنص المادة ٢/٢٤ السالف الذكر. وذلك من ناحيتين: فمن ناحية أولى إن المحكمة بقولها إن النص لا يتضمن أى إشارة إلى الحصانة التنفيذية، يبدو أنها

---

(١) انظر: BOUREL (P.), Op. Cit., P. 140.

تتطلب للتنازل عن الحصانة أن يكون صريحا. هذا فى حين أن القضاء لا يشترط فى التنازل أن يكون صريحا. بل يكتفى أن يكون التنازل ضمنيا. ومن ناحية ثانية. فإن المحكمة قدرت أن التعهد بالخضوع الاختيارى لحكم التحكيم والاعتراف بقوته الملزمة لا يعد تعهدا بالتنفيذ. فماذا يعنى إذن التعهد بالتنفيذ؟(٢).

ونحن نتفق مع الجانب الفقهى السالف الذكر - وكذلك حكم محكمة الاستئناف المذكور أعلاه - فى أن اتفاق الدولة أو أحد أجهزتها على اللجوء إلى التحكيم لا يعد فى حد ذاته بمثابة تنازل منها عن التمسك بحصانتها التنفيذية. بيد أننا لا نتفق مع ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من حيث تفسيرها لنص المادة (٥/٨)، والمادة (٢/٢٤) السالف الإشارة إليهما. ونرى أن اتفاق الدولة على أن يجرى التحكيم وفقا لقواعد تحكيم معينة أو قانون وطنى معين يتضمن نصا يجيز للقاضى الوطنى أن يأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية. أو نصا يتعهد الأطراف بمقتضاه بتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره. يعد تنازلا ضمنيا من الدولة عن التمسك بحصانتها التنفيذية. كذلك الأمر. عندما يتضمن اتفاق التحكيم نصا بهذا المعنى.



---

(١) انظر

BOUREL (P.), Op. Cit., P. 140, 5 Oppetit, Note Sous Paris, 21 Avril 1982, Op. Cit., P. 162.

الباب الثانى

القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

إذا ما ثار النزاع بين الأطراف وتم تشكيل محكمة التحكيم التى تتولى الفصل فيه، فإنه يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما يثور التساؤل أيضا عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وفى ضوء ذلك نقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: نتناول فيه مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

الفصل الثانى: ونعرض فيه لمسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفصل الأول

القانون واجب التطبيق على إجرا.ات التحكيم

إن مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ليست مسألة نظرية محضة، بل تعتبر ذات أهمية حيوية من نواح عدة. فمن ناحية إن هذا القانون يزود الأطراف والمحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل ذات الطبيعة الاجرائية التى تثور أثناء خصومة التحكيم Instance Arbitrale مثل تبادل المذكرات، والمواعيد، وسماع الشهود ... الخ.

ومن ناحية ثانية فإذا كان من الصحيح أن معظم الأنظمة القانونية تعلق تدخل المحاكم القضائية للمساعدة فى تشكيل محكمة التحكيم على مقر التحكيم فحسب، كما هو الحال بالنسبة للقانون السويسرى الجديد بشأن التحكيم الدولى الخاص (المادة ٢/١٧٦)، فإن بعض القوانين الوطنية تعلق ذلك التدخل على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، من ذلك القانون الفرنسى إذ ينص على أن اختصاص المحاكم الفرنسية لحسم الصعوبات التى تعترض تشكيل محكمة التحكيم يعتمد ليس فقط على وجود مقر التحكيم فى فرنسا، بل أيضا على اختيار القانون الفرنسى كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وذلك استقلالا عن مقر التحكيم (المادة ٢/١٤٩٣)(١).

ومن ناحية ثالثة فإن هناك بعض القوانين الوطنية تعلق جنسية التحكيم وما إذا كان وطنيا أم أجنبيا، وبالتالى طرق الطعن فى حكم التحكيم والاعتراف به وتنفيذه، على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما هو الحال بالنسبة للقانون الألمانى(٢). كما أن هناك بعض القوانين

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

GAILLARD (E.), Arbitrage ....., Op. Cit., J-CL. Dr. int., fasc. 586-8-1, N° 3 etS.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل:

VAN COMPERNOLLE (J.), Op. Cit., PP. 101 et 102.

الوطنية تعلق مسألة تسبيب حكم التحكيم على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. كما هو الحال بالنسبة للقانون المصرى الحالى للتحكيم(١).

وتثور مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أمام المحكم. كما قد تثور أيضا أمام القاضى الوطنى وذلك عندما يطلب منه الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أو يطعن فيه أمامه بالبطلان بحجة أن هذا الحكم قد صدر من محكمة تحكيم لم تشكل طبقا للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو صدر بناء على إجراءات لم تكن مطابقة لهذا القانون.

وتتطلب دراسة مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى عقود البترول أن نتعرف أولا على المبادىء السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة عامة. ثم نبحث بعد ذلك فى مدى انطباق هذه المبادىء على إجراءات التحكيم فى عقود البترول. وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول ونتعرف فيه على المبادىء السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. والمبحث الثانى ونبين فيه مدى انطباق هذه المبادىء على إجراءات التحكيم فى عقود البترول.

---

(١) حيث تنص المادة (٢/٤٢) من هذا القانون على أنه: «يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم».

المبحث الأول

المبادئ السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة عامة

حظيت مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم باهتمام الفقه، والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والقوانين الوطنية الحديثة. ونعرض أولا لموقف الفقه، ثم للاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وأخيرا للقوانين الوطنية الحديثة الصادرة بشأن التحكيم، كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

موقف الفقه

أثارت مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم خلافا فى الفقه. ويمكننا فى هذا الصدد أن نميز بين اتجاهين: الأول: يتمثل فى إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، والثانى: يتمثل فى اخضاع اجراءات التحكيم لقانون الإرادة المستقلة. ونعرض فيما يلى لهذين الاتجاهين.

أولا - الاتجاه القائل بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم: La loi du siège arbitral

ذهب جانب من الفقه(١) إلى أن القانون واجب التطبيق على

---

(١) انظر:

NIBOYET: traité de droit international privé Français, tome VI, Le conflit des juridictaions, Sirey, 1950-, P. 134, N° 1981.

وفى نفس الاتجاه:

BARTIN (E.): Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence Françaises, Paris, 1930, P. 606, N° 218.

إجراءات التحكيم هو قانون الدولة التى يجرى على اقليمها التحكيم. مبررين ذلك بقولهم إن المحكم إنما يقيم العدالة فى الدولة التى يجرى على اقليمها التحكيم، وإقامة العدالة تنبثق دائما عن سيادة الدولة. فكل دولة هى التى تبين فى أى الحالات ووفقا لأية شروط يجوز للمحكمين أن يقيموا العدالة على إقليمها، وينتزعون الاختصاص من محاكمها القضائية.

ويرى أصحاب هذا الرأى أنه فى حالة انعقاد جلسات التحكيم فى أكثر من دولة، فإنه يجب الاعتداد بالدولة التى عقدت فيها محكمة التحكيم جلساتها بصفة رئيسية، وخصوصا الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم. وفى الحالة التى يحدد فيها الأطراف الدولة التى يجب أن يجرى على إقليمها التحكيم، ينبغى على المحكمين أن يتخذوا من هذه الدولة مقرا للتحكيم، وإلا كان حكم التحكيم غير صحيح.

وقد أيد الأستاذ سوزرهل Sauser - Hall وجهة النظر هذه. فى تقريره الذى قدمه إلى مجمع القانون الدولى فى دورة انعقاده بأثينا سنة ١٩٥٢(١). فقد ذهب الفقيه إلى أنه يجب عند تحديد القانون واجب التطبيق على التحكيم فى مجال المعاملات الخاصة، الأخذ فى الاعتبار الطبيعة المختلطة لهذا النظام وكونه من طبيعة اتفاقية وقضائية فى آن واحد. وبناء على الطبيعة التعاقدية وطبقا لنظرية المؤشرات La théorie des indices، يجب إسناد التحكيم إلى قانون الدولة ذات الصلة الإقليمية الأكثر وثاقة به. وهذه الدولة هى بكل وضوح تلك التى يجب أن يجرى على إقليمها التحكيم.

ولأجل المزيد من الإيضاح، ذهب صاحب هذا الرأى إلى القول بأنه وفقا للطبيعة التعاقدية للتحكيم فإن للأطراف الحق فى اختيار القانون واجب التطبيق على التحكيم فى مجموعه، ولكن مع الأخذ فى الإعتبار الطبيعة

---

(١) انظر:

SAUSER - HALL (G.): Op. Cit., 1952, P. 522 et 1957, P. 394.

القضائية للتحكيم. فاتفاق التحكيم مثله فى ذلك مثل اختيار قضاء أجنبى Une élection du for étranger. فكما يجوز للأطراف فى ممارستهم لإرادتهم اختيار قضاء أجنبى، وأن هذا الاختيار يكون من شأنه تطبيق القواعد الإجرائية والنصوص الآمرة فى قانون دولة القاضى المختار. كذلك الأمر بالنسبة للتحكيم فى مجال المعاملات الدولية الخاصة، حيث يجوز للأطراف تحديد الاجراءات واجبة الاتباع أمام المحكمين أو يتركوا لهؤلاء تحديدها. ولكن مع مراعاة القواعد الآمرة فى الدولة مقر التحكيم والتى لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها(١).

وترتيبا على ذلك، انتهى صاحب هذا الرأى إلى أنه يجوز للأطراف، وفقا لمبدأ استقلال الإرادة، تحديد القانون واجب التطبيق على الاجراءات. فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون بلد معين بدون تحديد مكان التحكيم فإنه يتعين تفسير إرادتهم المشتركة على أنها قد اتجهت إلى اختيار مكان التحكيم فى البلد الذى تم اختيار قانونه ليحكم الاجراءات. كما أنه يجوز للأطراف تحديد المكان الذى تنعقد فيه محكمة التحكيم دون تحديد القانون الواجب التطبيق. وفى هذا الفرض فإن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التى تم اختيارها كمقر للتحكيم. وفى الفرض الذى لا يتفق فيه الأطراف على مقر التحكيم ولا على القانون الذى يحكم الإجراءات، فإنه يجب أن يستخلص من ذلك أن الأطراف قد اتفقوا على أن يتركوا للمحكمين أنفسهم تحديد المقر الذى تنعقد فيه محكمة التحكيم، ويكون القانون واجب التطبيق هو القانون النافذ فى البلد المختار من قبل المحكمين كمقر للتحكيم(٢).

وقد واجه صاحب هذا الرأى الفرض الذى يعقد فيه المحكمون

---

(١) انظر:

SAUSER - HALL (G.), Op. Cit., 1952. P. 530 et SS. et 1957, P. 402 etss.

(٢) انظر: Ibid, 1952, P. 535.

جلسات التحكيم فى عدة دول. وذهب إلى أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الأطراف قد اتفقوا على البلد مقر التحكيم أم لا. وفى الحالة التى يتفق فيها الأطراف على مقر التحكيم، وهو الفرض الغالب، فلن يثير تحديد القانون واجب التطبيق أدنى مشكلة، حيث يكون هذا القانون هو قانون الدولة التى اختارها الأطراف كمقر للتحكيم، وذلك حتى لو عقد المحكمون جلسات التحكيم فى أكثر من دولة. وكذلك الأمر إذا ترك الأطراف للمحكمين اختيار مقر التحكيم، لأن وجود مثل هذا الاتفاق معناه القبول الصريح والمسبق من قبل الأطراف للمكان الذى يختار بواسطة المحكمين كمقر للتحكيم، والتزام ضمنى من قبلهم بالخضوع للقانون الذى ينتج عن هذا الاختيار (١).

وفى الحالة التى لا يتضمن فيها اتفاق التحكيم أى بيان بشأن مقر التحكيم، فإن ذلك معناه - وفقا لهذا الرأى - أن الأطراف قد اسندوا للمحكمين مهمة تحديد هذا المقر وبالتالى تحديد القانون واجب التطبيق. ويكون مقر التحكيم فى هذا الفرض فى البلد الذى تنعقد فيه الجلسة الأولى، ويكون قانون هذا البلد هو الواجب التطبيق(٢).

وفى حالة مزاولة إجراءات التحكيم بالمراسلة، يكون مقر التحكيم هو موطن المحكم الثالث. وإذا كانت محكمة التحكيم مشكلة من محكم وحيد، فإنه يجب اعتبار موطنه مقرا للتحكيم(٣).

وخلص صاحب هذا الرأى إلى أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على الاجراءات هو الحل الذى يحقق التوازن بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية لنظام التحكيم الدولى الخاص.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجمع القانون الدولى قد أخذ

---

(١) انظر: Ibid, 1957, P. 406.

(٢) انظر: Ibid, 1952, PP. 539 - 541.

(٣) انظر: Ibid, 1957, P. 407.

بهذا الأتجاه فى التوصيات التى أصدرها فى دور انعقاده بامستردام سنة ١٩٥٧(١).

وقد تعرض هذا الاتجاه لانتقادات شديدة. فقد ذهب رأى(٢) إلى القول بأن المحكم لا يقيم العدالة باسم الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم، فهو لا يعد من أجهزة الدولة ولا يتلقى منها سلطة الفصل فى النزاع. ويكفى للتدليل على ذلك أنه لا توجد أى دولة تعتبر التحكيم تعبيرا عن إرادتها السيادية.

وذهب رأى ثان(٣) إلى أنه إذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية، إلا أنه لا يزاول وظيفة عامة لأنه يصدر العدالة بصفة خاصة وليست عامة. وبالتالى لا توجد أية صلة وثيقة بين ممارسته لوظيفته والبلد الذى يجرى على إقليمه التحكيم. فهناك فارق بين إصدار العدالة بواسطة المحاكم الوطنية فى الدولة، وإصدار العدالة بواسطة المحكمين فى نفس الدولة. وبناء عليه يكون للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق وفقا للطبيعة التعاقدية أو الطبيعة القضائية للتحكيم. فالطبيعة القضائية للتحكيم لا تقتضى تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم. كما أن النظام التعاقدى يبدو مفضلا حيث يستند القانون واجب التطبيق على معطيات موجودة سلفا منذ لحظة ابرام اتفاق التحكيم. فى حين أنه وفقا لمعيار مقر التحكيم قد لا يكون القانون واجب التطبيق محددا حتى لحظة إصدار حكم التحكيم.

وذهب رأى ثالث(٤) إلى أن الاتجاه القائل باخضاع الاجراءات

---

(١) راجع هذه التوصيات منشورة فى:

A.I.D.I., 1957, P. 479 etSS.

(٢) انظر:

PALLIERI (B.), Op. Cit., P. 302.

(٣) انظر:

FRAGISTAS (Ch.N.): Op. Cit., PP. 8 - 9.

(٤) راجع مع المزيد من التفاصيل:

KLIEN (F.): Considérations sur ...., Op. Cit., PP. 225 etSS. N° 126 etSS; Autonomie de la volonté et arbitrage: Rev. Crit., 1958, PP. 281 etSS.

لقانون دولة المقر يتضمن مصادرة على المطلوب. وذلك على اساس أن الأنظمة القانونية للتحكيم لا تفرض على الأطراف المتعاقدة تحديد مقر التحكيم فى اتفاق التحكيم، وبالتالى يجوز للأطراف تحديده عند إبرام اتفاق التحكيم أو فى وقت لاحق. وبناء عليه، فإن مقر التحكيم قد لا يكون معروفا مسبقا. فكيف يمكن إذن إخضاع اجراءات التحكيم لقانون دولة المقر فى حين أننا لم نعرف بعد هذا المقر.

وذهب رأى رابع(١) إلى أنه مع الاعتراف بالطبيعة المركبة أو المختلطة للتحكيم، وامكانية إخضاع إجراءات التحكيم لقانون دولة المقر، وأن هذا القانون بمقدوره أن يؤمن صحة هذه الإجراءات، إلا أن إعمال هذا القانون على إطلاقه يتجاهل الطابع التعاقدى للتحكيم، ويكون من شأنه الاستبعاد الكامل لقانون الإرادة المستقلة، مادام أن هذا القانون الأخير لا يطبق إلا فى الحدود التى يتطابق فيها مع قانون مقر التحكيم.

وإلى جانب ما تقدم، فإن الاستناد إلى مقر التحكيم كمعيار لتحديد القانون واجب التطبيق يثير الكثير من الصعوبات فى التطبيق، وذلك فى الأحوال التى لا يكون فيها مقر التحكيم محددا أو فى الأحوال التى يوجد فيها أكثر من مقر وذلك عندما يعقد المحكمون جلساتهم فى أكثر من دولة أو فى الحالات التى لا يوجد فيها مقر للتحكيم على الإطلاق وذلك عندما يتم التحكيم بالمراسلة بين المحكمين. حيث يثور التساؤل فى هذه الحالات عن المكان الذى يعد مقرا للتحكيم وهل هو موطن المحكم الثالث أم المكان الذى تنعقد فيه أول جلسة أم مكان صدور حكم التحكيم، كما يثور التساؤل أيضا عن دواعى تفضيل أحد هذه الأماكن على غيره من الأماكن(٢). هذا

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ....., Op. Cit., P. 320, N° 498.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

GOLDMAN (B.): Les conflits de lois ...., Op. Ci., P. 372 etSS., N° II.

بالإضافة إلى الحالات التى يكون فيها اختيار مقر التحكيم قد تم بمحض الصدفة أو لبواعث سياحية أو لأن هذا المكان يقيم فيه هذا المحكم أو ذاك أو لسهولة الاتصالات بين الأطراف أو لحياده السياسى. ففى مثل هذه الحالات، يكون من غير الممكن التأكيد على أن قانون دولة مقر التحكيم له أسانيد جادة لكى يحكم إجراءات التحكيم(١).

ثانيا - الاتجاه القائل بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة المستقلة: La loi d'autonomie

طبقا للاتجاه السائد فى الفقه(٢). فإن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجب أن يكون القانون المختار بواسطة الأطراف أنفسهم. وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة المعمول به فى مجال البحث عن القانون واجب التطبيق على العقود بصفة عامة.

وقد ذهب البعض(٣). من أجل تبرير هذا الحل، إلى القول بأن اتفاق

---

(١) راجع:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 321; BOISSESON (N.), Le droit Français ...., Op. Cit., P. 651, N° 700.

(٢) انظر بصفة خاصة:

FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., P. 332, N° 500; PALLIERI (B.): Op. Cit., P. 334 etss; FRAGISTAS (Ch.N.): Op. Cit., P. 9; KLEIN (F. E.): Considérations sur ... Op. Cit., P. 181 etSS; autonomie de la volonté ... Op. Cit., P. 259 etSS. L'arbitrage international de droit prive «Réalité et perspective», Op. Cit., P. 41 etSS, Spéc. P. 7; LALIVE (P.): Problèmes relatifs `a l'arbitrage ... Op.Cit., P. 618 etSS; REYMOND (C.): Problèmes actuels de l'arbitrage commercial international, R.E.S., 1982, PP. 7 - 9; LOQUIN (E.): L'amiable composition ....., Op. Cit., P. 211, N° 357.

(٣) انظر:

PALLIERI (B.): Op. Cit., PP. 340 - 341.

ويقترب من ذلك ما ذهب إليه البعض من أنه على الرغم من تعدد المراحل التى يمر بها التحكيم وتضمنه لتصرفات متعددة صادرة عن أشخاص مختلفين. فاتفاق التحكيم =

التحكيم يعتبر التصرف الرئيسي والأساسي الذى تنتج عنه سائر التصرفات الأخرى المكونة للتحكيم. وبالتالى عندما نبحث عن القانون الذى يحكم التحكيم فى مجموعه، فإننا نبحث فى الحقيقة عن القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم. وعندما يتحدد هذا القانون، يتحدد فى نفس الوقت القانون الذى يحكم التصرفات الأخرى الناتجة عن اتفاق التحكيم. ولما كان اتفاق التحكيم يخضع لقانون إرادة الأطراف، فإن هذا القانون هو الذى يحكم سائر التصرفات الأخرى المكونة للتحكيم، بما فى ذلك بالطبع مسائل الاجراءات.

وذهب البعض الآخر(١) إلى القول بأنه مادام قد سلمنا بالأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، واعترفنا بأنه من المناسب والعادل أن نترك للأطراف تسوية منازعاتهم بدون اللجوء إلى المحاكم القضائية، وبأن للتحكيم العديد من المزايا وبصفة خاصة فى مجال علاقات التجارة الدولية نظرا لغياب قضاء دولى لعلاقات القانون الخاص وصعوبات تنازع الاختصاص القضائى وتنازع القوانين التى من شأنها تأخير الفصل فى المنازعات. ومادام قد سلمنا أيضا بأن من حق الأطراف اختيار محكميهم، والمكان الذى يجب أن تجرى فيه إجراءات التحكيم، فإنه من الطبيعى الاعتراف للأطراف

= هو من عمل الأطراف وحدهم، وحكم التحكيم من عمل المحكمين، وتولية المحكمين لمهامهم عمل مشترك من جانب الأطراف والمحكمين، بيد أن كل تصرف من هذه التصرفات يتم تنفيذه بالتنفيذ للتصرف السابق عليه، فتولية المحكمين لمهامهم هو تنفيذ لاتفاق التحكيم، وإجراءات التحكيم وحكم التحكيم تنفيذا لعقد تولية المحكمين. وهكذا فإن التصرفات المتعددة المكونة للتحكيم تشكل كل لا يمكن تجزئته. ومن الضرورى أن يخضع لقانون واحد، وهو القانون المختار بواسطة الأطراف وذلك على أساس أن التحكيم نظام تعاقدى ولا يوجد أى مبرر لأن يخضع اتفاق التحكيم وسائر التصرفات الناتجة عنه - بما فى ذلك الاجراءات - لقواعد مختلفة عن تلك التى تخضع لها العقود بصفة عامة. انظر:

KLEIN (F.E.): Considérations ... Op. Cit., P. 211 etSS. Spéc. PP. 223 - 224; L'arbitrage international ... Op. Cit., P. 47.

(١) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 619.

بالقدرة على اختيار القانون واجب التطبيق على التحكيم فى مجموعه بدءا من اتفاق التحكيم ذاته وحتى صدور حكم التحكيم. وفى الفرض الذى يختار فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق، فإنه ينبغى على المحكمين الالتزام بهذا الاختيار ووضعه موضع التطبيق.

ولكن إذا كان مبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو المبدأ السائد لدى الفقه، بيد أن هذا المبدأ يثير عند وضعه موضع التنفيذ بعض التساؤلات. حيث يثور التساؤل عن مدى حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق هذا من ناحية. كما يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف من ناحية أخرى. ونعرض فيما يلى للإجابة عن هذين التساؤلين.

١ - مدى حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق على اجراءات التحكيم:

يثور التساؤل عن مدى حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق على اجراءات التحكيم، وما إذا كانوا يتمتعون بحرية مطلقة فى اختيار هذا القانون، بحيث يجوز لهم اختيار أى قانون وطنى حتى وإن كان هذا القانون منقطع الصلة بموضوع النزاع أو بالعقد الذى نشأ عنه النزاع أو من باب أولى بإجراءات التحكيم، أم أن هذه الحرية مقيدة بضرورة وجود مثل هذه الصلة، بحيث تنحصر إرادة الأطراف، على سبيل المثال، فى اختيار قانون دولة أحد الطرفين أو قانون محل إبرام العقد أو اتفاق التحكيم.

إن الاتجاه السائد لدى الفقه(١) يتمثل فى الاعتراف للأطراف

---

(١) انظر:

FRAGISTAS (Ch.N.): Op. Cit., P. 10 etSS; Spéc. P. 13; KLEIN (F.E): Autonomie de la volonté ... Op. Cit., P. 262 etSS., Spéc. P. 276.

بالحرية المطلقة فى اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بحيث يجوز لهم اختيار قانون دولة ليس لها أى صلة بالأطراف أو بالعقد الذى نشأ عنه النزاع أو باتفاق التحكيم أو إجراءات التحكيم ذاتها.

كما يجوز لهم أيضا أن يصيغوا بأنفسهم، فى اتفاق التحكيم، القواعد الإجرائية التى يجب على المحكمين اتباعها، أو الاتفاق على اتباع القواعد الاجرائية السارية لدى أحد المراكز الدولية للتحكيم (مثل غرفة التجارة الدولية أو المركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة) أو تفويض المحكمين فى تحديد الاجراءات واجبة التطبيق(١).

ويبرر البعض(٢) هذه الحرية المعطاة للأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق قائلين: إن الباعث الحقيقى على اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء الوطنى لأحد الطرفين هو تحقيق مبدأ المساواة بين الطرفين. وانطلاقا من هذا الباعث يأتى الاختيار المتكرر لمحكمين ليس لهم جنسية

وأيضا:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à ..., Op. Cit., P., 623.

حيث يرى أنه فى مسائل التحكيم الدولى ليس من الضرورى أن يكون القانون المختار بواسطة الأطراف له صلة مناسبة «Un rapport raisonnable» مع القضية. وأيضا:

HUYS (M.) et KEUTGEN (G.): Op. Cit., P. 558, N⁰ 784.

ويرى أنه يجوز للأطراف أيضا اختيار عدة قوانين أحدهم بصفة أساسية والآخر ليحكم بعض المسائل الخاصة، كما يجوز للأطراف تعديل اختيارهم المبدئى أثناء إجراءات التحكيم. وأيضا:

FOUSTOUCOS (A.C.), L'arbitrage interne et ... Op. Cit., PP. 192 - 194, N⁰ 283, 284.

(١) راجع:

LOQUIN (E.), L'amiable composition ..., Op. Cit., P. 211, N⁰ 357.

وأيضا: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٩٤، بند ٢٠٥.

(٢) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à ...., Op. Cit., PP. 622 - 623.

أى من الطرفين، واختيار مقر التحكيم فى بلد محايد، وكذلك أيضا اختيار قانون محايد بالنسبة للطرفين. إن الحرص على تحقيق مبدأ المساواة بين الأطراف فى مجال التحكيم الدولى يكفى لإعطاء هذه الحرية للأطراف، واختيارهم لقانون دولة ليس بينها وبين النزاع أى صلة ما.

وإلى جانب ذلك، أضاف البعض الآخر(١) أن الحرية المعطاة للأطراف فى أن يختاروا بأنفسهم القواعد الإجرائية التى يحسم نزاعهم وفقا لها بواسطة المحكمين تعد نتيجة طبيعية Un Corollaire لقرارهم باللجوء إلى التحكيم، واستبعاد اللجوء إلى ساحات المحاكم القضائية تفاديا للاجراءات الطويلة والمعقدة المتبعة أمامها.

وإزاء هذه الحرية المعترف بها للأطراف فى تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، فإن هناك تساؤلا يمكن أن يثور هو هل يمكن القول بامكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطنى، وإخضاعها لقواعد إجرائية غير وطنية، أى قواعد إجرائية غير تابعة لقانون دولة معينة؟. لقد اختلف الفقه بشأن الاجابة على هذا التساؤل.

فقد ذهب البعض(٢) إلى أن إجراءات التحكيم يجب أن تخضع بالضرورة لقانون تحكيم وطنى. فهذا القانون هو الذى يحدد المبادىء التى يجب مراعاتها فى إجراءات التحكيم، كما أنه يحدد أحوال وطرق تدخل القضاء الوطنى للمساعدة فى سير إجراءات التحكيم، وذلك عندما يمتنع أو يرفض أحد الطرفين القيام بما ينبغى عليه القيام به.

ويرى أصحاب هذا الرأى أنه قد يبدو لأول وهلة أن إجراءات

---

(١) انظر:

FOUSTOUCOS: L´arbitrage interne et ...., Op. Ci.,t P. 194. N° 283.

(٢) انظر:

VAN HAUTTE (H.): La loi applicable `a l´arbitrage commercial international. R.D.I.D.C., 1980, P. 285 etS.

التحكيم ليست فى حاجة إلى قانون تحكيم Un droit d'arbitrage. فالتحكيم يقوم على رضاء الطرفين وتعاونهما. وعندما يتفق الطرفان على الخضوع للتحكيم، فإنهما يتعهدان ضمنيا باحترام حكم التحكيم. وغالبا ما يحدد الطرفان بنفسيهما، على نحو تفصيلى، الاجراءات واجبة الاتباع أو يحيلان فى ذلك إلى إحدى لوائح التحكيم المعمول بها لدى مركز دائم للتحكيم. وبالقدر الذى يحدد الطرفان بنفسيهما إجراءات التحكيم فقد لا يكونان فى حاجة إلى قانون تحكيم. ففى الحالة التى لا يحوز فيها المحكمون قواعد للتحكيم، وفى هذه الحالة فقط، فإنهم يلجأون إلى قانون تحكيم وطنى.

حيث يجوز للطرفين أن يعهدا بالتحكيم إلى مركز دائم للتحكيم، وعندئذ يجب أن تجرى إجراءات التحكيم وفقا للائحة التحكيم المعمول بها لدى هذا المركز. وفى حالة الضرورة، فإن مراكز التحكيم ذاتها هى التى تتدخل، على سبيل المثال، من أجل تسمية أو استبدال محكم ما. وهكذا، فإن إجراءات التحكيم التى تسرى فى كنف مثل هذه المراكز. تكون منظمة ومدارة على النحو الذى تبدو فيه وكأنها مستقلة Détachée عن كل قانون وطنى للتحكيم. ومع ذلك، فإن اختصاص مركز التحكيم يقوم على رضاء الطرفان، وقد يحدث أن يرفض أحدهما المشاركة فى إجراءات التحكيم. بالطبع إن هذه المراكز يمكنها أن تبدأ أو تستمر فى إجراءات التحكيم ضد رغبة الطرف المعارض Récalcitrante، ولكن عندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ضد الطرف المتغيب، فسوف يتضح أن هذه المراكز محرومة من كل سلطة. ولذلك يجب، من أجل تنفيذ أحكام التحكيم، أن يستند كل تحكيم إلى قانون تحكيم وطنى(١).

ونظرا لأن القوانين الوطنية للتحكيم تختلف فيما بينها فى تنظيم التحكيم، كما أن الجوانب Les aspects المختلفة للتحكيم لا تخضع

---

(١) انظر: Ibid, PP. 286 - 287.

بالضرورة لقانون واحد. فإنه من الواجب إذن معرفة القانون الذى يحكم كل جانب من جوانب التحكيم(١). فمن الضرورى معرفة القانون الذى يحكم الاجراءات. حيث أن كل قانون تحكيم يضع معايير Des Critères لاجراءات التحكيم الصحيحة. صحيح أن هذه المعايير قد تكون متشابهة من حيث المبدأ، بيد أنها تختلف فى التفاصيل من نظام قانونى إلى آخر. فعلى سبيل المثال، إن التحكيم بواسطة حكمين اثنين يعد مستحيلا فى بلجيكا، وفى المقابل فإن هذا التحكيم يعد صحيحا فى انجلترا.

كذلك فإن قانون كل دولة هو الذى يحدد حالات وطرق تدخل قضاة هذا البلد من أجل المساعدة فى سير إجراءات التحكيم عندما يرفض أو يمتنع أحد الطرفين عن المشاركة فى هذه الاجراءات. ولما كانت حالات وطرق التدخل القضائى تختلف من نظام قانونى إلى آخر. فإنه من المهم إذن معرفة القانون الذى يحكم التدخل القضائى فى التحكيم عبر الدولى Transnational(٢).

وعلى عكس الرأى السابق ذكره، هناك اتجاه فقهى كبير ينادى بضرورة استقلال التحكيم فى مجموعه، بما فى ذلك إجراءات التحكيم، تجاه القوانين الوطنية. أو بعبارة أخرى تخليص التحكيم بما فى ذلك الإجراءات من سيطرة وسلطان القوانين الوطنية. ويرجعون هذا إلى عدم ملاءمة القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم والقواعد التقليدية فى القانون الدولى الخاص للحاجات الخاصة بالتجارة الدولية(٣).

---

(١) انظر: Ibid, P. 287.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل: Ibid, PP. 290 - 291.

(٣) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ..., Op. Cit., P. 642.

وفى هذا الصدد، ذهب رأى[١] إلى أن إعطاء الاختصاص لقانون وطنى معين، غالبا ما يكون قديما ولا يتفق مع مقتضيات العصر Anachronique أو مقتضبا، ليحكم إجراءات التحكيم سوف يثير حتما تنازع القوانين والتى يخشى الأطراف والمحكمون ومراكز التحكيم من تعقيداتها الحالية والمستقبلية.

وذهب رأى ثان[٢] إلى أنه فى الحدود التى يكون فيها التحكيم مجرد قضاء مشابه للقضاء الوطنى سواء فيما يتعلق بحلول مسائل تنازع القوانين وتحديد القانون واجب التطبيق، أو فيما يتعلق بكيفية تطبيق القواعد القانونية الموضوعية، فإن التحكيم يفقد دوره وأسباب وجوده. فلكى يؤدى التحكيم دوره بفعالية فى مجال التجارة الدولية ويستجيب للحاجات الخاصة بها ويعالج القصور الناجم عن اتباع الطريق القضائى وتطبيق المحاكم القضائية للقوانين الداخلية، يجب أن يتمتع التحكيم بقدر من الاستقلال تجاه القوانين الوطنية، وأن يخضع سواء فيما يتعلق بالاجراءات أو موضوع النزاع لنظام قانونى دولى يتضمن القواعد الاتفاقية وعادات التجارة الدولية والمبادىء العامة للقانون.

كما ذهب رأى ثالث[٣] إلى أنه من غير المنطقى أن نلجأ إلى أسلوب التحكيم وذلك لأن القضاء الوطنى لا يستجيب لمقتضيات تسوية المنازعات فى مجال الاستثمار، ثم بعد ذلك نعاود الدخول مرة أخرى فى رباط القوانين الوطنية. إن الحل الذى نوصى به يتمثل فى الاستناد مباشرة

---

(١) انظر:

FOUCHARD: L'arbitrage commercial ....., Op. Cit., P. 336, N⁰ 516.

(٢) انظر:

El-GOHARY (M.F.): Op. Cit., P. 397 etSS., N⁰ 452 etSS.

(٣) انظر:

KAHN (Ph.): Le règlement des différents par .... Op. Cit., PP. 186 - 187.

إلى قانون دولى إجرائى موضوعى يجب على المحكمين صياغته مستندين فى ذلك على السوابق التحكيمية Des arbitrages antérieurs والقواعد المتبعة لدى مراكز التحكيم الدائمة وخبرتهم الخاصة فى هذا المجال.

وذهب رأى رابع(١) إلى أن التحكيم ينجز وظيفة هامة فى المجال الدولى مختلفة عن تلك التى يؤديها فى إطار القانون الداخلى، حيث أن التحكيم يكمل غياب القضاء الدولى فى مسائل القانون الخاص. ولكى يؤدى التحكيم الدولى هذه الوظيفة يجب فى المقام الأول أن يتحرر من سيطرة القضاء الوطنى وأن يجرى بدون الاستناد إلى أى قانون وطنى، وخصوصا فى مسائل الإجراءات.

ولكن، على فرض صحة القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم عن القوانين الوطنية، فإن هناك تساؤلا يمكن أن يثور: ماهو النظام القانونى واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى مثل هذا الفرض؟ للإجابة على هذا التساؤل، يمكن فى هذا الصدد أن نميز بين رأيين:

فقد ذهب بعض الفقهاء(٢) إلى القول بإخضاع التحكيم، بما فى ذلك الاجراءات، للقانون الدولى العام مفسرين ذلك بقولهم أنه إذا كان فى مقدور الأطراف فصل Détacher التحكيم عن كل قانون وطنى وإعطائه طابعا عبر دولى Supranational، إلا أنه يجب إخضاع هذا التحكيم لنظام قانونى آخر. فالتحكيم عبر الدولى لا يمكن أن يوجد فى فراغ Ne peut être suspendu en l'air. وهذا النظام القانونى لا يكون

---

(١) انظر:

MOTULSKY (H.), L'évolution récente en matière d'arbitrage international, Écrits, études et notes sur l'arbitrage, Op. Cit., P. 325.

وانظر هذا البحث منشور فى: Rev. Arb., 1959, P. 3.

(٢) انظر: FRAGISTAS: Op. Cit., P. 14 - 17.

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه أيضا:

DAVID (R.), Op. Cit., PP. 426 - 427, Nº 336.

سوى القانون الدولى. فالتحكيم عبر الدولى يجب إذن أن يكون تحكيما دوليا، أى تحكيم لا يقع تحت سلطان أى قانون وطنى بل يخضع مباشرة للقانون الدولى بالمعنى الدقيق.

ومع هذا يرى هؤلاء أن خضوع التحكيم الخاص عبر الدولى للقانون الدولى العام يثير الكثير من الصعوبات، حيث يصطدم هذا الحل باعتراضات ذات طابع عقائدى Dogmatique. فطبقا للمفهوم التقليدى للقانون الدولى، فإن هذا القانون مخصص ليحكم العلاقات فيما بين الدول، فكيف نستطيع أن نطلب منه حلولا للمنازعات التى تثور بين الأشخاص الخاصة؟ وحتى إذا رفضنا هذا الإعتراض، متمسكين بالاتجاه الذى يعتبر أن الأفراد من أشخاص القانون الدولى، ويجعل من القانون الدولى قانونا جديدا للشعوب Un nouveau jus gentium أو قانونا عبر دولى Transnational، فإنه يبقى أن هذا القانون غير صالح بالقدر الكافى لمواجهة مشاكل التحكيم فى مجال القانون الخاص. فالقانون الدولى لا يتضمن قواعد القانون الدولى الخاص، فما هى القواعد التى يمكن اللجوء إليها للقول بصحة اتفاق التحكيم ولتكملة النقوص المحتملة فى هذا الاتفاق؟ وطبقا لأى قواعد تنازع يمكن تحديد القانون الموضوعى واجب التطبيق على موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم؟

وعلى الرغم من اعتراف أصحاب هذا الرأى بكل هذه الصعوبات، إلا أنهم يرون أن التحكيم الخاص عبر الدولى يعد واقعا اجتماعيا Un fait social وحقيقة لا يمكن انكارها. حيث توجد حالات كثيرة، فى مجال المعاملات الدولية، جرى فيها الأطراف على الخروج على نطاق القوانين الوطنية، وأخضعوا التحكيم مباشرة لنظام قانونى عبر دولى. ويرى أصحاب هذا الرأى أنه يمكن التغلب على هذه الصعوبات المشار إليها وإيجاد الحلول لها. فبالنسبة للمسائل الاجرائية، فإن أى نقص فى اتفاق التحكيم يمكن تكملته فى المقام الأول بالمبادىء العامة للقانون وخصوصا المبادى العامة للقانون فى مسائل الاجراءات. وفى حالة

عدم توافر مثل هذه المبادئ، تحسم المسائل الإجرائية وفقا لقواعد العدل والانصاف Ex bono et aequo.

فى حين ذهب البعض الآخر(١) إلى القول باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وخضوعها لقواعد قانونية غير وطنية Extra – étatique، وهى القواعد التى تتولد تدريجيا عن الممارسة العملية المتبعة عموما وذلك بوصفها أعرافا أو عادات. فهؤلاء يرون أن تنازع القوانين لم يعد هو الطريق الوحيد لتحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الذى يتصل بالعديد من الدول. وأن الطابع الدولى للتحكيم من شأنه إخضاع هذه الاجراءات، ليس لقانون دولة معينة، بل لقواعد ذات طابع دولى.

ويرى أصحاب هذا النظر أن الاتجاه نحو استقلال إجراءات التحكيم والابتعاد بها عن سلطان القوانين الوطنية يظهر بوضوح من خلال دراسة الواقع العملى وما يجرى عليه العمل لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، مثل غرفة التجارة الدولية بباريس والجمعية الأمريكية للتحكيم.

فغالبا ما يحدث أن التحكيم منذ بدء الاجراءات وحتى نهايتها، يفلت كلية من سلطان وسيطرة كل نظام قانونى وطنى، حيث يتولى المركز الذى يجرى التحكيم فى كنفه حسم كل الصعوبات التى تثور أثناء

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.): Quand un arbitrage ... Op. Cit., PP. 67 - 70; Autonomie de l'arbitrage commercial international, Rev. Arb. 1965, PP. 103 - 104; L'arbitrage commercial ....., Op. Cit., P. 303 etSS., N° 472 etSS. Spéc., N° 484, 487 et 492.

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه:

LALIVE (P.): Problèmes relatif à l'arbitrage ... Op. Cit., PP. 642 - 650.; LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.D.), Op. Cit., P. 100, NO 88; VEN COMPERNOLLE (J.), Op. Cit., PP. 102 - 103.

سير إجراءات التحكيم، وتكفى لانحته لضمان حسن سير هذه الاجراءات(١). فلوائح التحكيم المعمول بها لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة غالبا ما تتضمن قواعد تفصيلية للإجراءات تسمح للمحكمين بأداء مهمتهم على الوجه الأكمل دون أن يكونوا فى حاجة للإلتجاء إلى القوانين الوطنية والتى أحيانا ما تكون مقتضبة. فهذه اللوائح تعتبر تقنينات حقيقية لاجراءات التحكيم(٢).

فباستقراء لوائح مراكز وهيئات التحكيم الدائمة نجد أن هناك اتفاق بينها فيما يتعلق بالمسائل الاجرائية يدل على الطابع العالمى الموحد لاجراءات التحكيم. كما أن مراكز التحكيم قد عملت على تخليص إجراءات التحكيم من سيطرة القوانين الوطنية. فعلى صعيد المسائل الاجرائية. نجد أن معظم لوائح التحكيم تستبعد اللجوء، ولو احتياطيا، إلى أى قانون وطنى، كما أنها تجيز للمحكمين تكملة النقوص الاجرائية التى تعتريها دون أن تلزمهم باللجوء إلى أحكام هذا القانون أو ذاك(٣).

ويرى أصحاب هذا الرأى أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، قد اتجهت نحو الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطنى. والإعتراف للقواعد المستمدة من الواقع العملى (وهى القواعد التى درج المتعاملون على تضمينها فى اتفاقات التحكيم، وتلك المعمول بها لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة) بأولوية Une primauté فى التطبيق على القوانين الوطنية(٤).

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Qand un arbitrage ...., Op. Cit., P. 68.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'autonomie ...., Op. Cit., P. 103.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 309 etSS., N° 484, 487 et 492.

(٤) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'autonomie ...., Op. Cit., P. 103.

قد تضمنت هذه الاتفاقيات نصوصا ذات طابع قاعدى Normatif ودولى لا يقبل المناقشة، ونصت على قواعد موضوعية دولية قابلة للتطبيق مباشرة على إجراءات التحكيم، ولم تنص على اللجوء إلى أى قانون وطنى إلا بصفة احتياطية(١).

من ذلك اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها. فعلى الرغم من رفض مؤتمر نيويورك (الذى تمخضت عنه الاتفاقية المذكورة) ما سعت إليه غرفة التجارة الدولية من الأخذ بفكرة حكم التحكيم الدولى الذى لا يقع تحت سطان أى قانون وطنى حتى ولو كان آمرا، وأخذ بالفكرة التقليدية لحكم التحكيم الوطنى والأجنبى، إلا أن هذه الاتفاقية قد رحبت باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية، وذلك عندما أجازت (بموجب المادة الخامسة منها) للأطراف، فى المقام الأول، أن يحسموا بأنفسهم المسائل الإجرائية، دون أن تلزمهم بالاستناد إلى قانون وطنى معين، والذى لم يعد له دور إلا فى حالة غياب اتفاق الأطراف. وبهذا تكون الاتفاقية قد أعطت أولوية مطلقة للقواعد المستخلصة من الواقع العملى والتى تكون لها الغلبة على أحكام القانون الوطنى، حتى الآمرة، والذى أصبح دوره احتياطيا محضا. وبذلك تكون الاتفاقية قد أكدت استقلال التحكيم التجارى، على الأقل على صعيد الإجراءات، تجاه القوانين الوطنية، وبالتالى تأكيد استقلال المجتمع الدولى للتجار والذى يمكنه أن يحدد بحرية القواعد الإجرائية الخاصة به(٢).

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Quand un Arbitrage ......, Op. Cit., P. 69.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L´arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 332, N° 512; L´autonomie ...., Op. Cit., PP. 103 - 104.

وفى نفس المعنى انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifa `a ...., Op. Cit., Pp. 634 - 644; MOTULSKY (H.), L´évolution ..., Op. Cit., Rev. Arb., P. 11.; LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.D.), Op. Cit., PP. 114 - 115.

وقد جاءت الاتفاقية الأوربية أكثر وضوحا، من اتفاقية نيويورك، فى الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. حيث أكدت، فى المادة الرابعة، على الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين فى حالة التحكيم الحر. وفى حالة التحكيم لدى مركز دائم للتحكيم، فقد نصت الاتفاقية صراحة على أن يجرى التحكيم طبقا للائحة هذا المركز، دون أن تنص على أى قاعدة تنازع، ولا على تطبيق أى قانون وطنى ولو بصفة احتياطية، وإنما اسندت، فى حالة عدم كفاية النصوص التعاقدية، للمحكمين أنفسهم أو لممثلى الغرف التجارية مهمة تحديد القواعد الإجرائية(١).

وسارت فى نفس الاتجاه اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار. فقد استهدفت هذه الاتفاقية اقامة نظام مستقل للتحكيم عن كل قانون وطنى، والابتعاد باجراءات التحكيم عن تدخل القوانين الوطنية. واستخدمت لتحقيق ذلك عدة وسائل منها وضع تقنين خاص للاجراءات، تبنى المركز للائحة تحكيم، تضمن الاتفاقية لقواعد إجرائية ملزمة (م ٥٠ - ٥٢) وما نصت عليه من التزام الدول الموقعة عليها بالاعتراف بكل حكم تحكيم يصدر فى نطاقها (م ٥٤)، وبذلك تكون الاتفاقية قد استبعدت كل اختصاص قوانين هذه الدول ومحاكمها الوطنية تجاه هذه الأحكام(٢).

وانتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يستخلص من كل هذه النصوص الدولية أن الأطراف فى اتفاقاتهم ومراكز التحكيم فى لوائحهم والمحكمين فى

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'autonomie ... Op. Cit., P. 104 et; L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 333 - 334, N° 513 - 514; LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 645; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 558, N° 785.

(٢) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 646.

أحكامهم .يمكنهم أن ينظموا مباشرة إجراءات التحكيم، وأن القواعد (العامة أو الخاصة) المنشأة فى مسائل الاجراءات بواسطة المتعاملين فى مجال التجارة الدولية لها القوة الملزمة استقلالا عن كل تدخل لأى قانون وطنى. إذ أن دعامة Le Support هذا القانون لم تعد ضرورية(١).

٢ - القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف:

يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، فهل تخضع إجراءات التحكيم للقانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم موضوع النزاع أم يخضع لقانون الدولة مقر التحكيم أم أنه يجب ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمحكمين؟

أ - القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع:

قد يحدث أن يتفق الطرفان على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك بدون تحديد للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. التساؤل الذى يمكن أن يثور فى هذا الصدد هو هل يمكن أن تخضع إجراءات التحكيم، فى هذا الفرض، للقانون المختار بواسطة الطرفين ليطبق على موضوع النزاع.

مما لاشك فيه أن إخضاع إجراءات التحكيم لنفس القانون الذى يحكم موضوع النزاع يحقق ميزة مؤكدة هى وحدة النظام القانونى المطبق على العلاقات بين الطرفين، والحد بذلك من حدوث تنازع القوانين وتفادى تعقيداتها(٢).

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.): L´arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 335, N° 515; L´autonomie .... Op. Cit., P. 104.

(٢) انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs a ....., Op. Cit.. P. 638.

وايضا:

MEZGER (E.), La Jurisprudence Française ......, Op. Cit., P. 290.

بيد أنه من المسلم به، من حيث المبدأ، أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ليس بالضرورة هو القانون الذى يحكم موضوع النزاع. ويترتب على ذلك من ناحية أنه يجوز للطرفين إخضاع إجراءات التحكيم وموضوع النزاع لقانونين مختلفين. ومن ناحية أخرى فإنه فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الطرفين للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يلتزم المحكمون بأن يخضعوا إجراءات التحكيم للقانون المختار بواسطة الطرفين - أو المحكمين أنفسهم - ليحكم موضوع النزاع(١).

وهناك العديد من الأسباب التى تدعو إلى التمسك بهذا المبدأ يمكن أن نوجزها فيما يلى:

١ - فمن ناحية أولى إن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانونى كامل تجاه العقد موضوع النزاع، خصوصا فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق. وإجراءات التحكيم ماهى إلا اثرا لاتفاق التحكيم وامتدادا له(٢).

بيد أن هذا القول مردود ولا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وذلك لان المبررات التى دعت إلى الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم تختلف تماما عن تلك المتعلقة باختيار قانون إجرائى معين. هذا بالاضافة إلى أن هذا القول يفترض أن القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم هو نفسه القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم، وهو ما لا يمكن التسليم به. فليس بالضرورة أن يكون القانون الذى يحكم كلا من اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم واحدا(٣).

(١) راجع:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... J-CL, Dr. int. fasc 586-8-1, N° 12 etSS; Fragistas: Op. Cit., PP. 19 - 20.

(٢) انظر:

KLEIN (F.E.),: Du caractère autonome ...., Op. Cit., Rev. Crit., 1961, P. 500; LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., P. 638.

(٣) انظر:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... J-CL., Dr. int. fasc 586-8-1, N° 14.

٢ - ومن ناحية ثانية: إن القانون الذى يحكم العقد قد يتم تحديده، ليس بالاختيار الصريح من قبل الطرفين، بل من قبل المحكمين عن طريق الإسناد الموضوعى Rattachement objectif، أى باعطاء الأفضلية لهذا الضابط أو ذاك من ضوابط الإسناد الموضوعية. وفى هذه الحالة، فإن القانون المختار ليحكم موضوع النزاع لا يكون له سند جاد لكى يحكم إجراءات التحكيم(١).

٣ - ومن ناحية ثالثة: فإن الاعتبارات التى يمكن أن تدفع أو تحث الطرفين أو المحكمين فى اختيار القانون واجب التطبيق قد تختلف بالنسبة للعقد موضوع النزاع عنها بالنسبة لإجراءات التحكيم. فقد يرغب الطرفان فى الاستفادة من نظام إجرائى معين. وفى المقابل يرغبون فى إخضاع العقد موضوع النزاع لقانون آخر يبدو لهم أكثر مناسبة Plus appropriée آخذين فى الاعتبار طبيعة العقد أو الظروف المحيطة بالنزاع(٢).

٤ - من ناحية رابعة وأخيرة، إن الحل الذى مفاده إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الذى يحكم موضوع النزاع يعيبه أنه يقتضى معرفة القانون الذى يحكم موضوع النزاع مسبقا وذلك حتى يمكن تطبيقه على إجراءات التحكيم. فى حين أنه لا يوجد أى التزام يفرض على الطرفين أن يحددا مقدما - فى اتفاق التحكيم - القانون الذى يحكم موضوع النزاع، بل يجوز لهما الاتفاق على هذا القانون فى وقت لاحق أثناء إجراءات التحكيم فى مثل هذا الفرض، كيف يتسنى إذن القول باخضاع إجراءات التحكيم

---

(١) انظر:

MEZGER (E.): La jurisprudence Française ... Op. Cit., P. 290: LALIVE (P.): Problèmes relatifs à ......, Op. Cit. P. 639.

(٢) انظر:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... J-CL., Dr. int., fasc 586-8-1, N° 16.

للقانون الذى يحكم موضوع النزاع، فى حين أن هذا الأخير لم يتحدد بعد(١).

ب - قانون الدولة مقر التحكيم:

قد يحدث أن يتفق الطرفان، فى اتفاق التحكيم، على البلد الذى يجب أن تجرى فيه إجراءات التحكيم (أى البلد مقر التحكيم) وذلك دون تحديد للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. فى هذا الفرض يثور التساؤل عما إذا كان من الجائز تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم.

اختلف الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل، ويمكننا فى هذا الخصوص أن نميز بين رأيين:

فقد ذهب رأى(٢) إلى أن إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم يبدو حلا غير عمليا ولا يتلاءم مع الحاجات الحقيقية للتحكيم التجارى الدولى، وذلك بحجة أن القوانين الوطنية للتحكيم غالبا ما تكون موجزة ومختصرة ولا تقدم للأطراف أو المحكمين القدر الكافى من البيانات والقواعد الإجرائية المفصلة. ويرى أصحاب هذا الرأى - على نحو ما سنرى - أن تحديد القواعد الإجرائية يجب أن يتم بواسطة الأطراف أو، فى حالة غياب إرادة الأطراف، بواسطة مراكز التحكيم فى حالة التحكيم المؤسس أو بواسطة المحكمين أنفسهم فى حالة تحكيم الحالات الخاصة Ad Hoc.

فى حين ذهب الفقه الغالب(٣) إلى أنه فى الفرض الذى يقتصر فيه

---

(١) راجع:

MEZGER (E.), La jurisprudence Française ...., Op. Cit., P. 287.

(٢) انظر:

KOPELMANAS (L.): Quelques problèmes récents ....., Op. Cit., P. 890 - 891.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ....., Op. Cit., PP. 327 - 328, N° 504 - 505; LALIVE (P.): Problèmes =

الطرفان على تحديد الدولة مقر التحكيم دون الإفصاح عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإنه من الجائز استخلاص أن ارادة الطرفين الضمنية Implicite قد اتجهت إلى اختيار قانون هذه الدولة ليكون هو الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وبصفة خاصة فى الفرض الذى تكون فيه الدولة مقر التحكيم هى بعينها الدولة مقر مركز التحكيم الذى اتفق على اللجوء إليه. كما لو اتفق الطرفان مثلا على أن يتم التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، واتفقا على أن يكون مقر التحكيم فى باريس. فى هذا الفرض يكون القانون الاجرائى واجب التطبيق هو قانون الدولة مقر التحكيم أى القانون الفرنسى، وذلك باعتبار أنه القانون المختار ضمنيا من قبل الأطراف أى القانون الذى اتجهت إليه الإرادة الضمنية للطرفين.

- relatifs ˜a l´arbitrage ... Op. Cit., P. 631 etSS; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., PP. 557 - 558, N⁰ 782 - 783.

وفى نفس الاتجاه انظر: FRAGISTAS: Op. Cit., P. 19. ويرى سيادته أنه يمكن اللجوء إلى قانون مقر التحكيم إذا كان معروفا منذ البداية، وإلا يجب البحث عن ضابط اخر مؤكد منذ لحظة ابرام اتفاق التحكيم مثل قانون البلد محل ابرام اتفاق التحكيم.

وانظر أيضا:

GOLDMAN (B.): Arbitrage ..., Dalloz, Dr. int., P. 128, N⁰ 190.

وراجع فى الفقه المصرى: د. محسن شفيق: المرجع السابق، ص ١٩٥، بند ٢٠٦؛ د. إبراهيم أحمد: التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ١٢٥ - ١٢٦. ويرى سيادته أنه إذا أثير التساؤل حول المقصود بقانون مكان التحكيم أهو قانون الدولة التى تنعقد فيها هيئة التحكيم لأول مرة أو قانون الدولة التى يصدر فيها حكم التحكيم، فإن الإجراء الذى يتعين اتخاذه يخضع لقانون الدولة التى يتم فيها التحكيم عند اتخاذ ذلك الإجراء.. وانظر: د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق، ص ٩٩، بند ٦٠. ويرى سيادته أن اللجوء إلى قانون دولة مكان التحكيم - فى حالة غياب الخيار الصريح - ليحكم إجراءات سير المنازعة أمر يفرضه الواقع إما لكونه تفسيرا للإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف، أو لكونه القانون الأنسب موضوعيا ليحكم إجراءات سير المنازعة باعتباره قانونا محايدا أو أنه قانون دولة المحكم الذى يكون أكثر الماما به من غيره.

ومع ذلك، يرى جانب(١) من أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كانت عملية تحديد مقر التحكيم فى دولة معينة ذات دلالة أو قرينة Un indice قوية على اتجاه إرادة الطرفين إلى اختيار قانون هذه الدولة ليحكم إجراءات التحكيم، فليس معنى ذلك أن هذه القرينة قاطعة ومن غير الممكن اثبات عكسها. صحيح أن عملية تحديد مقر التحكيم فى دولة معينة تعد قرينة هامة، إلا أنها غير كافية لاستبعاد القرائن الأخرى Autres indices الدالة على الإرادة الضمنية للطرفين أو العناصر الأخرى التى من شأنها اسناد إجراءات التحكيم إلى قانون دولة معينة. فقد توجد قرائن أخرى مناهضة للقرينة المستفادة من عملية اختيار مقر التحكيم فى دولة معينة، مثل اختيار محكمين من جنسيات مختلفة أو اتفاق الطرفين على قواعد اجرائية غير معروفة فى البلد مقر التحكيم، أو توطن العلاقة محل النزاع فى بلد معين. وفى مثل هذه الأحوال لا يمكن القول بتطبيق قانون الدولة مقر التحكيم باعتباره القانون المختار ضمنيا من قبل الطرفين.

جـ - التحديد المباشر بواسطة المحكمين:

إزاء الانتقادات والتحفظات التى وجهت إلى كل من الحلين السابقين، أى الأخذ بقانون الدولة مقر التحكيم أو القانون الذى يحكم موضوع النزاع، وذلك لكى يطبق على إجراءات التحكيم فى حالة غياب القانون المختار صراحة بواسطة الطرفين، ذهب جانب كبير فى الفقه(٢)

---

(١) انظر:
LALIVE (P.), Problèmes relatifs `a ..., Op. Cit., P. 632; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial .., Op. Cit., P. 328, N° 505.

(٢) راجع بصفة خاصة:
KOPELMANAS: Quelques problèmes ... Op. Cit., PP. 890 - 891; LALIVE (P.): Problèmes relatifs `a l'arbitrage ... Op. Cit., PP. 633 - 634; FOUSTOUCOS: L'arbitrage intene et ....., Op. Cit., P. 196 etSS., N° 289 etSS.; LOQUIN: Les -

إلى أنه من حق المحكمين أنفسهم تحديد القانون أو القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، مع الاعتراف لهم بسلطة تقديرية كبيرة فى هذا الخصوص. فيجوز للمحكمين اختيار أى قانون إجرائى وطنى، قانون الدولة مقر التحكيم مثلا، أو أن يصيغوا بأنفسهم القواعد واجبة الاتباع دون اللجوء إلى قانون وطنى معين.

ولقد برر بعضهم(١) هذا الحل بالقول إن سكوت الطرفين عن تحديد القانون واجب التطبيق يفسر على أنهما قد تركا أمر تحديد هذا القانون للمحكمين أنفسهم. وذلك لأنه من غير الراجح فى مجال التجارة الدولية أن يكون إغفال الطرفين لهذه المسألة مرجعه الجهل أو الإهمال. بل الراجح أنهما نظرا فى هذه المسألة وفضلا عدم إثارتها نظرا لاستحالة الاتفاق بشأنها فيما بينهما. ومما يؤيد هذا التفسير ما نصت عليه المادة الثانية من التوصيات التى أصدرها مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده فى امستردام سنة ١٩٥٧، وذلك بقولها «فى حالة عدم تحديد الطرفين لمقر التحكيم على الوجه المبين فى المادة الأولى، فإنه يفترض أن الطرفين قد جعلا للمحكمين الحق فى تحديد المكان الذى تستقر فيه محكمة التحكيم، وان هذا الاختيار يحدد القانون واجب التطبيق ...».

فهذا النص قد اشتمل على المبدأ العام، المجمع عليه، الذى يقضى بأنه فى حالة سكوت الطرفين فإن ذلك يدل على الترخيص الضمنى من

- pouvoirs des arbitres ......, Op. Cit., P. 302, N° 20, et P. 330 - 331, N° 63 - 67; DAVID (R.): Op. Cit., PP. 426 - 427, N° 336; EL-GOHARY (M.F.): Op. Cit., PP. 477 - 478, N° 562 - 563.

وراجع فى ذلك فى الفقه المصرى د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق، ص ١٠١، بند ٦٢.

(١) انظر:

LALIVE (P.): Problèmes relatifs à l'arbitrage ... Op. Cit., PP. 633 - 634.

قبلهما للمحكمين فى اختيار القانون واجب التطبيق سواء بطريق مباشر أو غير مباشر وذلك باختيار القانون الدولى الخاص الذى يتولى تحديد هذا القانون.

كما برر رأى آخر(١) هذا الحل بقوله عندما يتعلق الأمر بالتحكيم لدى مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة، فإنه من حق المحكمين أنفسهم تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق وتسوية أى مسألة إجرائية قد تثور أثناء سير إجراءات التحكيم، وذلك فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الطرفين أو وجود نقص فى لائحة التحكيم المعتمدة من قبلهما أو من مركز التحكيم. فلماذا لا يكون للمحكمين هذا الحق فى حالات التحكيم الخاصة أو الحر Ad Hoc، عندما يتخلف الاختيار الصريح لهذا القانون من قبل الطرفين أو يوجد أى نقص فى القواعد الموضوعية من قبلهما.

وقد ذهب رأى ثالث(٢)، من أجل تبرير هذا الحل، إلى أن المحكم ليس له قانون تحكيم Un for arbitral يحدد مباشرة سلطاته فى تنظيم إجراءات التحكيم، وذلك على خلاف القاضى الوطنى. فمن المعروف أن القاضى المطروح عليه نزاع ذو طابع دولى يجب عليه أن يفصل فى هذا النزاع بالتطبيق للقواعد الاجرائية النافذة فى قانونه الوطنى. أما المحكم فليس له مثل هذا القانون. ويترتب على ذلك من ناحية أولى يتمتع الطرفان بالحرية الكاملة فى تحديد القواعد الاجرائية المنظمة لخصومة التحكيم. ومن ناحية ثانية يكون للمحكم السلطة فى تحديد القواعد المنظمة لخصومة التحكيم فى حالة عدم اتفاق الطرفين فى هذا الخصوص، وذلك نظرا لعدم وجود قانون إجرائى يمكن للمحكم تطبيقه بصفة احتياطية فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الطرفين.

---

(١) راجع:
KOPELMANAS: Quelques problèmes ... Op. Cit., P. 890.

(٢) راجع:
LOQUIN: Les pouvoirs des arbitres ....., Op. Cit., P. 302, N° 20.

المطلب الثانى

موقف الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم:

إن دراسة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، بدءا من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣ بشأن الاعتراف بشروط التحكيم، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ثم اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ بشأن التحكيم التجارى الدولى، وحتى اتفاقية البنك الدولى لسنة ١٩٦٥ لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، تكشف عن التطور الكبير الذى حدث بصدد مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. ويمكننا أن نميز بين ثلاث مراحل لهذا التطور:

المرحلة الأولى: قانون الإرادة وقانون مكان التحكيم «بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧».

المرحلة الثانية: قانون الإرادة المستقلة والدور الاحتياطى لقانون مكان التحيكم «اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨».

المرحلة الثالثة: قانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار بواسطة المحكمين: «الاتفاقية الاوربية لسنة ١٩٦١، واتفاقية البنك الدولى لسنة ١٩٦٥».

ونتناول تباعا هذه المراحل وذلك على النحو التالى:

المرحلة الأولى: خضوع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف وقانون مكان التحكيم: "بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧"

نصت المادة الثانية من بروتوكول جنيف على أن: «تخضع

إجراءات التحكيم، بما فى ذلك تشكيل محكمة التحكيم، لإرادة الأطراف ولقانون البلد الذى يجرى على إقليمه التحكيم».

ولقد جاء هذا النص معيبا فى صياغته، حيث أنه لم يبين كيفية التنسيق بين كل من قانون الإرادة وقانون الدولة مقر التحكيم إذا كان على نفس الدرجة، كما أنه لم يبين ما إذا كان أحدهما يطبق بصفة رئيسية والآخر يطبق بصفة احتياطية. ولذلك فإن تفسير هذا النص كان محلا للخلاف بين الفقهاء.

فقد ذهب رأى فى الفقه(١) إلى أن هذا النص ليس له سوى معنى واحد هو أن التحكيم يجب أن يخضع لقانون الدولة التى يوجد بها مقر التحكيم، فى حين ذهب الفقه الغالب(٢) إلى أن إجراءات التحكيم تخضع، فى المقام الأول، لقانون إرادة الأطراف، وأن قانون الدولة مقر التحكيم لا يتدخل إلا بصفة احتياطية.

وبالنسبة لاتفاقية جنيف بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإنها لم تأت بجديد ولم تحرز أى تقدم فى هذا الخصوص. فقد أحالت فى شأن القانون واجب التطبيق على إجراءات الى نص المادة الثانية من البروتوكول السالف بيانها ولعل ذلك يرجع إلى أن اتفاقية جنيف كان موضوعها الوحيد

---

(١) انظر:

PALLIERI (B.): Op. Cit., PP. 388 - 389; SAUSER - HALL: Op. Cit., 1952, P. 532 etS, 1957, P. 395 etS.

(٢) انظر:

BERNARD (A.): Op. Cit., P. 430, N° 741; CARABIBER (Ch.): L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers, Recueil des cours, 1950, P. 262 etSS.; FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 326, N° 503 et P. 331, N° 511; GOLDMAN (B.): Les conflits de lois ....., Op. Cit., PP. 381 - 382, N° 17.

هو تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بناء على اتفاقات التحكيم التى تدخل فى إطار البروتوكول(١).

وبناء عليه، ظل الخلاف الذى ثار بصدد تفسير المادة الثانية من البروتوكول قائما فى ظل اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧، حتى صدرت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ وأخذت بالتفسير الذى تبناه الفقه الغالب على نحو ما سنرى الآن.

المرحلة الثانية: قانون الإرادة المستقلة والدور الاحتياطى لقانون مكان التحكيم: "اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨"

نصت الفقرة الأولى من المادة السادسة من اتفاقية نيويورك على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه بناء على طلب الطرف المتمسك ضده بالحكم إلا إذا قدم هذا الطرف للسلطة المختصة فى البلد المطلوب فيه الاعتراف بالحكم وتنفيذه الدليل على أن: «د - تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لاتفاق الأطراف أو لقانون الدولة التى تم فيها التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف»».

وكما هو واضح من النص، لقد أكدت اتفاقية نيويورك، صراحة وبدون أى لبس أو غموض، أن إجراءات التحكيم، بما فى ذلك تشكيل محكمة التحكيم، يجب فى المقام الأول أن تكون مطابقة لما اتفق عليه الأطراف، وأن قانون الدولة مقر التحكيم لا يطبق إلا فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو لتكملة القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف فى

---

(١) انظر فى التعليق على هذه الاتفاقية

BERNARD (A.): Op. Cit., P 478 etSS. Spéc P. 493, N° 827.

وراجع أيضا:

GOLDMAN (B.): Les conflits de lois ... Op. Cit., PP. 383 - 384.

حالة وجود أي نقص فيها. وبهذا تكون الاتفاقية قد منحت قانون الإرادة المستقلة دورا أصليا، وقانون مقر التحكيم دورا احتياطيا. وبذلك يكون قد انتصر الاتجاه المؤيد لقانون الإرادة المستقلة للأطراف ليحكم إجراءات التحكيم.

ويرى الفقه الغالب(١) أن هذا النص قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في تشكيل محكمة التحكيم وتنظيم إجراءات التحكيم. فيجوز لهم الاتفاق - في شرط التحكيم الوارد في العقد أو في اتفاق التحكيم - على المحكمين الذين تتشكل منهم محكمة التحكيم، وأن يصيغوا بأنفسهم القواعد الإجرائية الواجبة الاتباع أو أن يحيلوا في ذلك إلى لائحة تحكيم معمول بها لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة. بل لقد ذهب جانب من الفقه(٢) - على نحو ما رأينا - إلى حد القول بأن هذا النص يسمح باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية.

هذا في حين يرى بعض الفقهاء(٣) أنه يبدو لأول وهلة أن النص يعطي للأطراف إمكانية فصل إجراءات التحكيم عن كل نظام قانوني وطني

---

(١) انظر:

SANDERS (P.): Vingt années ...., Op. Cit., P. 361 et P. 368; La convention de New York, ..., Op. Cit., P. 316.; Aspects de l'arbitrage international, R.D.I.D.C., 1976, P. 138; LOUSSOUARN (Y.), et BREDIN (J-D.), Op. Cit., PP. 114 - 115; GOLDMAN (B.): Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, Dr. int, 129, N⁰ 208 - 209; BOISSESON: Le droit Français ... Op. Cit., P. 662, N ° 708.

(٢) انظر ما سبق، ص ٤٧٥ هامش رقم (٢).

(٣) انظر:

FRAGISTAS: (Ch.N.), Op. Cit., P. 16, Note 1.

وانظر أيضا:

KLEIN (F.E.), L'arbitrage international ... Op. Cit., P. 51, Note 30.

بيد أن هذا التفسير لا يجد له سندا فى الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك إلى جانب ذلك فإنه من غير المعقول أن نقرر بصدد مسألتين مرتبطتين، مسألة صحة اتفاق التحكيم ومسألة إجراءات التحكيم مفهومين مختلفين لمبدأ استقلال الإرادة. إن الأكثر اتفاقا مع روح اتفاقية نيويورك هو أن نقرر لمبدأ استقلال الإرادة مفهوما واحدا بصدد كل من هاتين المسألتين وهذا المفهوم هو أن تنحصر إرادة الأطراف فى اختيار نظام قانونى معين.

المرحلة الثالثة: قانون الإرادة المستقلة أو القانون المختار بواسطة المحكمين: "الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١، واتفاقية البنك الدولى لسنة ١٩٦٥"

١ - الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٦١:

نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة من هذه الاتفاقية على أنه: «إن بطلان حكم التحكيم الداخل فى نطاق هذه الاتفاقية فى إحدى الدول المتعاقدة لا يشكل سببا فى رفض الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه فى دولة أخرى متعاقدة إلا إذا كان هذا البطلان قد تقرر فى الدولة التى صدر فيها الحكم أو فى الدولة التى صدر الحكم وفقا لقانونها وذلك لأحد الأسباب التالية: «د- إذا لم يكن تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم مطابقا لاتفاق الأطراف أو لأحكام المادة الرابعة من هذه الاتفاقية فى حالة عدم وجود هذا الاتفاق».

وهكذا، فإن الاتفاقية الأوربية قد أخذت فى المقام الأول - مثلها فى ذلك مثل اتفاقية نيويورك - بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم.

بيد أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة إحتياطية، أى فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فى الاتفاقية

الأوربية ليس هو قانون الدولة مقر التحكيم - على نحو ما فعلت اتفاقية نيويورك - بل القواعد المنصوص عليها فى المادة الرابعة من الاتفاقية ذاتها.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الاتفاقية على أنه: «يجوز للأطراف النص فى اتفاق التحكيم على أن : «أ- تخضع منازعاتهم لمركز تحكيم دائم. وفى هذه الحالة، يجرى التحكيم طبقا للائحة هذا المركز المختار، أو ب - أن تخضع منازعاتهم لإجراءات التحكيم الحر Ad Hoc. وفى هذه الحالة، يكون للأطراف القدرة على ... تحديد الإجراءات واجبة الإتباع من قبل المحكمين».

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: «إذا اتفق الأطراف على تسوية منازعاتهم بطريق التحكيم الحر ... دون أن يتضمن اتفاق التحكيم أى بيان حول الإجراءات اللازمة لتنظيم التحكيم ... كان من حق المحكمين إتخاذ هذه الإجراءات». كما نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أن: «لرئيس الغرفة التجارية المختص أو اللجنة المختصة، حسب الأحوال، القدرة على تحديد القواعد الاجرائية الواجب مراعاتها من قبل المحكمين، سواء مباشرة أو باللجوء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم، وذلك إذا لم يقم المحكمون بتحديد هذه القواعد فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الصدد».

فكما هو واضح من النص، لقد ميزت الاتفاقية بين فرضين: الفرض الأول والذى يتفق فيه الأطراف على اتباع اسلوب التحكيم المؤسسى، وهو التحكيم الذى يجرى لدى أحد المراكز الدائمة للتحكيم. وفى هذا الفرض، أوضحت الاتفاقية أن التحكيم يسرى وفقا للاجراءات المنصوص عليها فى لائحة هذا المركز الذى اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم تحت رعايته. وقد ذهب بعض الفقهاء(١) إلى أن هذا النص يكشف عن تدويل حقيقى

---

(١) انظر:

RIDEAU (J.): L'arbitrage international (Public et commercial), librairie Armand colin, P. 25.

لاجراءات التحكيم التجارى الدولى، حيث تبدو لائحة التحكيم وكأنها قانون دولى يخضع الأطراف له.

والفرض الثانى وهو الذى يتفق فيه الأطراف على اتباع أسلوب التحكيم الحر (أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة) وفى هذا الفرض، وضعت الاتفاقية ثلاث قواعد متتابعة يأخذ بها على التوالى، وهى: ١- من حق الأطراف تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين، ٢- فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الصدد، يكون من حق المحكمين أنفسهم القيام بهذه المهمة، ٣- فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف وعدم قيام المحكمين بتحديد القواعد الاجرائية، كان لرئيس الغرفة التجارية المختصة أو اللجنة الخاصة المختصة، حسب الأحوال، تحديد هذه القواعد سواء مباشرة أو باللجوء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم.

وأول ما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد، أن هذا النص لم يشر إلى تطبيق أى قانون وطنى ولو بصفة احتياطية بيد أن ذلك لا يمنع الأطراف، طبقا للحرية الممنوحة لهم فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين فى حالة التحكيم الحر، من النص على تطبيق قانون وطنى معين ليحكم الاجراءات(١).

ويرى جانب من الفقه(٢) أن هذا النص، بالنظر إلى الحلول

---

(١) فى نفس المعنى راجع:

GOLDMAN (B.): Arbitrage ...., Op. Cit., Dalloz, Dr. int., PP. 129 - 130, N° 211 etSS, Spéc, N° 213.

(٢) انظر:

KLEIN (F.E.): L'arbitrage international ...., Op. Cit., P. 51 et la convention européenne ......, Op. Cit., P. 635, N° 12; RIDEAU (J.): Op. Cit., P. 25; GOLDMAN: Arbitrage ... Op. Cit., Dalloz, P. 130, N° 214 - 215; KOPELMANAS: La place de la convention ....., Op. Cit., P. 341; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 558, N° 785.

وانظر أيضا المراجع المشار إليها فى الهامش رقم (١)، ص ٤٧٦.

المختلفة التى وضعها لمسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم دون أن يشير إلى تطبيق أى قانون وطنى معين، يكشف عن إرادة واضعى هذه الاتفاقية فى تحرير إجراءات التحكيم وتخليصها من سيطرة وسلطان القوانين الوطنية، وكذلك الابتعاد عن اى تدخل محتمل من جانب السلطات القضائية في الدول المتعاقدة. حيث أن الاتفاقية قد اسندت الدور الذى يمكن أن يقوم به القضاء الوطنى سواء عند بدء إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها إلى رؤساء الغرف التجارية المختصة أو اللجان الخاصة حسب الأحوال.

٢ - اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥:

تنص المادة (٤٤) من هذه الاتفاقية على أنه «تسير إجراءات التحكيم طبقا لنصوص القسم الحالى، وطبقا للائحة التحكيم النافذة فى التاريخ الذى اتفق فيه الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم مالم يوجد اتفاق مخالف للأطراف. وإذا ثارت مسألة إجرائية غير منصوص عليها فى القسم الحالى أو فى لائحة التحكيم أو فى أى لائحة أخرى معتمدة من قبل الأطراف، يتم حسم هذه المسألة بواسطة محكمة التحكيم».

ويتضح من هذا النص أن القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على التحكيم الذى يتم فى إطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار هى:- ١- فى المقام الأول، القواعد الاجرائية الواردة فى الاتفاقية. فهذه القواعد ملزمة للأطراف ولمحكمة التحكيم. وذلك فيما عدا، بالطبع، القواعد التى أجازت الاتفاقية للأطراف الاتفاق على مخالفتها. ٢- فى المقام الثانى، القواعد الاجرائية التى يتفق عليها الأطراف مع الاعتراف للأطراف بحرية واسعة فى اختيار هذه القواعد. فيجوز لهم إعداد هذه القواعد بأنفسهم أو اختيار أى لائحة تحكيم معدة سلفا مثل لائحة التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٧٦ أو اختيار قانون وطنى معين. كل ذلك بشرط عدم مخالفة القواعد الآمرة فى الاتفاقية والتى

لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها(١). ٣- وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الخصوص، تطبق القواعد الاجرائية الواردة فى لائحة التحكيم السارية لدى المركز الدولى فى اللحظة التى اتفق فيها الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لدى المركز. ٤- وإذا ثارت اى مسألة إجرائية غير منصوص عليها فى الاتفاقية أو فى اللائحة الإجرائية التى تبناها الأطراف أو اللائحة النافذة لدى المركز، يكون من سلطة محكمة التحكيم ذاتها حسم هذه المسألة، دون أن تكون ملزمة فى ذلك بالاستناد إلى قانون دولة معينة(٢).

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يشر، عند تحديده للقواعد الاجرائية واجبة التطبيق، إلى تطبيق أى قانون وطنى معين ولو بصفة احتياطية. ولذلك، يرى جانب من الفقه(٣) أن هذا النص يكشف عن إرادة

---

(١) انظر فى نفس المعنى:

VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.): Op. Cit., PP. 513 - 514.

(٢) انظر

GOLDMAN (B.): Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., du 18 Mars 1965 Pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, L'ouvrage collective dans l'investissements étrangères et l'arbitrage entre un État et une personne privé, pédone, Paris, 1969, P. 138; VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.): Op. Cit., P. 443.

(٣) انظر:

ROULET (J.D.): La convention du 18 Mars 1965 ....., Op. Cit., P. 146; DELAUME: Le contre international ... Op. Cit., P. 809 etS.; GOLDMAN (B.): Le droit applicable ... Op. Cit., P. 138; El-AHDAB (A.), Op. Cit., P. 838; CHAMY (E.): Op. Cit., P. 378, N° 361; VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., P. 443.

وانظر أيضا المراجع المشار إليها فى الهامش رقم (٢)، ص ٤٧٦.

واضعى الاتفاقية فى تحقيق الاستقلال لاجراءات التحكيم التى تجرى فى إطار المركز الدولى تجاه القوانين الوطنية. بل لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه فى الفرض الذى يختار فيه الأطراف قانون دولة معينة لتكملة القواعد الاجرائية الواردة فى الاتفاقية، إعمالا للحرية التى يعترف بها النص لهم، فإن هذا القانون سوف يطبق فى هذه الحالة باعتباره لائحة معتمدة من قبل الأطراف، وليس باعتباره القانون المختص احتياطيا(١).

كما ذهب آخرون إلى أنه إذا وجد المحكمون أنهم بحاجة إلى قواعد إجرائية فيمكنهم اللجوء إلى المبادىء العامة المستخلصة Dégagés من المقارنة بين مختلف القوانين الوطنية أو مبادىء القانون الدولى، بدلا من اللجوء إلى قواعد قانون وطنى معين يتحدد وفقا لقواعد تنازع القوانين(٢).

ثانيا: موقف قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية:

ونعرض تباعا لموقف كل من لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦، والقانون النموذجى الصادر عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٨٥، وكذلك لوائح التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة لندن للتحكيم والجمعية الأمريكية للتحكيم.

١ - لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦:

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه اللائحة على أن: «إذا اتفق طرفا عقد معين كتابة على أن تخضع المنازعات الناشئة عن هذا العقد

---

(١) انظر:

GOLDMAN (G.): Le droit applicable ... Op. Cit., P. 138; DAVID (R.): Op. Cit., P. 432.

(٢) انظر:

GAILLARD (E.): Arbitrage ..., Op. Cit., J.CL. Dr. int. fasc. 586-8-1, N° 42.

للتحكيم وفقا للائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى. فإن هذه المنازعات يفصل فيها وفقا لهذه اللائحة مع مراعاة التعديلات التى قد يتفق عليها الطرفان كتابة».

كما نصت المادة (١٥) من هذه اللائحة على أنه «مع مراعاة أحكام هذه اللائحة. لمحكمة التحكيم أن تجرى التحكيم بالطريقة التى تراها مناسبة. شريطة أن يتعامل الأطراف على قدم المساواة وأن يتهيء لكل طرف الفرصة كاملة فى التمسك بحقوقه وتقديم أوجه دفاعه».

ويمكننا أن نستخلص من هذين النصين مايلى:

١ - أن اللائحة قد أكدت على مبدأ حرية الأطراف فى وضع القواعد الاجرائية واجبة التطبيق وأن هذه القواعد تكون لها الغلبة على القواعد الواردة فى هذه اللائحة(١).

٢ - إن اللائحة قد اعترفت للمحكمين بسلطات واسعة فى تسيير إجراءات التحكيم(٢). ولكنها قيدت من هذه السلطات بضرورة توافر شرطين:

(أ) احترام القواعد الإجرائية الواردة فى هذه اللائحة التى لا يكون للمحكمين بشأنها أى سلطة تقديرية. وبالتالى تكون اللائحة قد اعترفت للأطراف بسلطات أوسع من سلطات المحكمين. حيث أنها أجازت للأطراف الاتفاق على قواعد إجرائية تكون لها الغلبة فى التطبيق على القواعد التي تتضمنها. بينما فرضت على المحكمين اتباع بعض القواعد الإجرائية الواردة فيها.

---

(١) انظر فى نفس المعنى: د. سامية راشد، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى .. المرجع السابق ، ص ٥١.

(٢) فقد اسندت اللائحة إلى محكمة التحكيم. فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف. مهمة تحديد مكان التحكيم (م ١٦)، وكذلك تحديد اللغة أو اللغات التى تستخدم أثناء الإجراءات (م ١٧). وإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية بناء على طلب أحد الطرفين (م ٢٦)، توزيع نفقات التحكيم بين الطرفين (م ٤٠). انظر:

FOUCHARD: Le reglèment d'arbitrage, Op. Cit., PP. 837 - 838.

(ب) احترام مبدأ المساواة وحقوق الدفاع وبصفة عام المبادىء الأساسية للتقاضى.

بيد أن هناك تساؤلا يمكن أن يثور هو هل يتمتع الأطراف بحرية مطلقة فى تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، بحيث يجوز لهم - وفقا لهذه اللائحة - اختيار قواعد إجرائية تكون منبتة الصلة بأى قانون وطنى. بعبارة أخرى هل يمكن القول بأن هذه اللائحة تسمح باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية، أى تحررها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى؟

لقد أجابت اللائحة ذاتها على هذا التساؤل. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منها على أنه: «تحكم هذه اللائحة التحكيم، مع مراعاة أنه فى حالة التنازع بين أحد نصوص هذه اللائحة وأحد نصوص القانون واجب التطبيق على التحكيم التى لا يجوز للأطراف مخالفته، فإن هذا النص الأخير هو الذى يكون راجحا».

يستفاد من هذا النص أن لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة لا تسمح بالأخذ بالاتجاه الذى ينادى بتحرر إجراءات التحكيم كلية من الخضوع لأى قانون وطنى. بل إنها تفترض دائما أن هناك قواعد قانونية وطنية تخضع لها إجراءات التحكيم، ولا يجوز للأطراف، ومن ثم المحكمين، الخروج عليها. وان هذه القواعد الوطنية تسمو فى حالة التنازع على القواعد الواردة فى هذه اللائحة، بحيث تستبعد هذه القواعد الأخيرة فى حالة تعارضها مع القواعد الواردة فى القانون واجب التطبيق على التحكيم(١).

كما يستفاد من هذا النص، بمفهوم المخالفة، أن كل تحكيم لابد وأن يستند إلى نظام قانونى وطنى. ومن ثم يعد تطبيق قانون وطنى معين، على الأقل فى نصوصه الآمرة، على إجراءات التحكيم - على حد تعبير

---

(١) انظر: د. سامية راشد، التحكيم فى إطار المركز الإقليمى ....، المرجع السابق، ص ٥٢ ومابعدها.

بعض الفقهاء[1] - مبدأ مقدس Un principe intangible، فى ظل لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة[2].

ولقد كان من الطبيعى أن يتعرض هذا النص للنقد من جانب انصار استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. فقد ذهب أحد أنصار هذا الاتجاه[3]، إلى أن هذا النص يمثل خطوة إلى الوراء بالمقارنة بالاتجاهات الحديثة، فى مجال إجراءات التحكيم، والتى تأخذ بالاستقلال الكامل لإرادة الأطراف والمحكمين فى تسيير هذه الاجراءات تلك الاتجاهات قد تم التعبير عنها بصفة خاصة فى اتفاقية نيويورك والاتفاقية الأوربية. حيث لم تمنح اتفاقية نيويورك (م ١/٥) للقانون الوطنى سوى دور احتياطى. أما بالنسبة للاتفاقية الأوربية فإنها لم تشر إلى أى، قانون وطنى ولو بصفة احتياطية. إن لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة بتضمينها هذا النص، تعاود من جديد الأخذ بفكرة خضوع إجراءات التحكيم إلى قانون وطنى معين على الأقل فى نصوصه الآمرة، ومن ثم يصبح البحث عن القانون واجب التطبيق على التحكيم أمرا ضروريا، وتعود إلى الظهور من جديد مسألة تنازع القوانين فى مجال إجراءات التحكيم وما تثيره من صعوبات.

فى الحقيقة إن الانتقاد الذى يمكن أن يوجه إلى لائحة لجنة الأمم المتحدة هو أنها لم تبين ما هو القانون واجب التطبيق، أو كيفية تحديد

---

(١) انظر:

BOISSESON : Op. Cit., P. 664, N° 710.

(٢) ويدعم [illegible] النظر أيضا ما نصت عليه المادة ٢/٢٢ من هذه اللائحة بقولها «تفصل محكمة التحكيم بوصفها محكما بالصلح (أى وفقا لقواعد العدل والانصاف) إذا كان مرخصا لها بذلك من قبل الأطراف وإذا كان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز لها ذلك». حيث يستفاد من هذا النص أنه من الضرورى معرفة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لكى تحدد بعد ذلك ما إذا كان يجيز التحكيم وفقا لقواعد العدل والإنصاف أم لا.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), Le reglèment d'arbitrage, Op.Cit., P. 824 etSS.

هذا القانون. هل يتحدد بناء على الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف؟ وما هو الدور الذى يمكن أن يؤديه ضابط مكان التحكيم فى تحديد هذا القانون؟ وهل يمكن الإستناد على ضوابط أخرى للإسناد مثل جنسية المحكمين أو القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع؟ وحتى بعد التعرف على هذا القانون. كيف يمكن تحديد القواعد الإجرائية الواردة فى هذا القانون والتى لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها؟

لقد جاءت اللائحة خالية من أى معيار يمكن على أساسه التمييز بين ما يعد من قبيل القواعد التكميلية التى يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وما يعد من قبيل القواعد الآمرة التى لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

وقد ذهب بعض الفقهاء(١) إلى أن القانون الوطنى واجب التطبيق والذى لا يجوز للأطراف، وبالتالى المحكمين، الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة فيه هو قانون الدولة مقر التحكيم. فهذا القانون هو الذى يحدد إذا كان من الممكن تطبيق القواعد الواردة فى لائحة التحكيم المختارة بواسطة الأطراف. وإذا تعارضت بعض القواعد الواردة فى هذه اللائحة مع النصوص الآمرة فى هذا القانون، فإن الغلبة تكون لهذه الأخيرة.

بيد أننا نرى أنه يجب الأخذ فى الاعتبار أن هذه اللائحة محل البحث صادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى. ولذلك كان طبيعيا أن تتجاهل مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وذلك لأن هذه المسألة قد سبق أن تناولتها اتفاقية دولية جماعية صدرت فى ظل منظمة الأمم المتحدة ألا وهى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

وفى ضوء ذلك، نرى أنه يجب الرجوع بشأن تحديد القانون

---

(١) انظر: HOLITZMANN: Op. Cit. P. 282.

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه، د. سامية راشد، التحكيم فى اطار المركز الاقليمى ... المرجع السابق، ص ٥٢ ومابعدها، خصوصا ص ٥٩، بند ٢٦.

واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، عندما يتفق الأطراف على التحكيم وفقا للائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة، إلى نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، أى الأخذ فى المقام الأول بالقانون الوطنى المختار صراحة بواسطة الأطراف. وفى حالة غياب هذا القانون، يكون القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة مقر التحكيم.

أما من ناحية كيفية التعرف على القواعد الآمرة فى القانون واجب التطبيق، فإننا نرى أنه بمجرد معرفة هذا القانون - سواء أكان القانون المختار صراحة من قبل الأطراف أو قانون الدولة مقر التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من جانب الأطراف - فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون ذاته فى شأن تحديد مايعد من قبيل القواعد الآمرة التى لا يجوز للأطراف الخروج عليها، وما يعد من قبيل القواعد المكملة التى يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفاتها.

٢ - القانون النموذجى الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٨٥:

لقد تناول هذا القانون مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى ثلاثة نصوص مختلفة وهى المادة (١٩) من الفصل الخامس المتعلق بسير إجراءات التحكيم، والمادة (٣٤) من الفصل السابع المتعلق بطرق الطعن فى حكم التحكيم، والمادة (٣٦) من الفصل الثامن المتعلق بالاعتراف باحكام التحكيم وتنفيذها. ونبين فيما يلى الحلول التى قررتها هذه النصوص لمسألة القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم.

فقد نصت المادة (١٩) من هذا القانون على [illegible] - مع مراعاة أحكام هذا القانون، فإن للأطراف حرية الاتفاق على الإجراءات الواجبة الاتباع من قبل محكمة التحكيم. ٢- وفى حالة عدم وجود هذا الاتفاق، يجوز لمحكمة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير فى التحكيم بالكيفية التى تراها مناسبة ....

يستفاد من هذا النص أن القانون النموذجى قد تبنى مبدأ حرية الأطراف فى اختيار القواعد الإجرائية واجبة التطبيق كما أنه أعطى للمحكمين حرية كبيرة فى تسيير إجراءات التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الصدد.

بيد أن حرية الأطراف، وكذلك المحكمين، فى تحديد القواعد الاجرائية حرية مقيدة بضرورة احترام القواعد الاجرائية الآمرة الواردة فى هذا القانون. ويمكن القول بأن القواعد الآمرة فى هذا القانون هى القواعد التى لم يجز هذا القانون للأطراف الاتفاق على مخالفتها وتلك التى لم يعط للمحكمين بشأنها أى سلطة تقديرية فهذا هو معنى التحفظ الوارد بصدر المادة والذى يقول «مع مراعاة أحكام هذا القانون».

ولما كان هذا القانون لا يطبق على التحكيم إلا إذا كان مكان التحكيم يقع فى اقليم الدولة التى تعتمده (م ١/٢)، فإن معنى ذلك أن هذا القانون يوجب، فى الواقع، على الأطراف والمحكمين احترام القواعد الآمرة فى قانون الدولة مقر التحكيم. ولقد نص هذا القانون صراحة على جزاء مخالفة هذه القواعد، وهو بطلان حكم التحكيم (م ٢/٣٤).

وقد نصت المادة (٢/٣٤) من هذا القانون على أن «لا يجوز للمحكمة القضائية المشار إليها فى المادة السادسة من هذا القانون إبطال أى حكم تحكيم إلا إذا: «أ- قدم الطرف مقدم الطعن الدليل على أن: ٤- تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لاتفاق الأطراف، شريطة ألا يكون هذا الاتفاق مخالفا لأحد أحكام هذا القانون التى لا يجوز للأطراف مخالفتها، أو لم تكن مطابقة لهذا القانون فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف ...».

ويستفاد من هذا النص المتعلق ببطلان حكم التحكيم أن القانون النموذجى يشترط لعدم ابطال حكم التحكيم من جانب السلطة القضائية المختصة فى الدولة مقر التحكيم أن يكون تشكيل محكمة التحكيم وكذلك إجراءات التحكيم مطابقا لاتفاق الأطراف. وبهذا يكون القانون النموذجى قد

أخذ بمبدأ حرية الأطراف فى تشكيل محكمة التحكيم وتحديد الاجراءات واجبة الاتباع أمام المحكمين. ولكن بشرط عدم مخالفة اتفاق الأطراف للقواعد الاجرائية الآمرة فى هذا القانون، أى قانون الدولة مقر التحكيم.

وفى حالة عدم وجود أى اتفاق بين الأطراف فى هذا الخصوص، أوجب القانون النموذجى أن يكون تشكيل محكمة التحكيم وكذلك إجراءات التحكيم مطابقا لأحكام هذا القانون، أى قانون الدولة مقر التحكيم باعتبار أن أحكام القانون النموذجى لا تنطبق، وفقا لنص المادة (٢/١) إلا إذا كان التحكيم يجرى على اقليم الدولة التى اعتمدته. ومن الجدير بالملاحظة أن هذا النص، على خلاف النص السالف الذكر، لم يشر إلى أى سلطة للمحكمين فى هذا الصدد.

وأخيرا، نصت المادة (١/٣٦) من هذا القانون على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، أيا كان البلد الذى صدر فيه: «أ- إلا بناء على طلب الطرف المتمسك ضده بالحكم وإذا استطاع هذا الطرف أن يقدم للمحكمة المختصة المطلوب منها الاعتراف بالحكم أو تنفيذه الدليل على أن: ٤- تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن مطابقة لاتفاق الأطراف أو لقانون البلد الذى كان يجرى فيه التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف»».

ويستفاد من هذا النص أن القانون النموذجى يشترط للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أن يكون تشكيل محكمة التحكيم وكذلك إجراءات التحكيم مطابقا لاتفاق الأطراف فى المقام الأول أو لقانون الدولة مقر التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى المقام الثانى.

ومما تجدر ملاحظته أن هذا النص قد جاء مخالفا للنصين السالف الإشارة إليهما، حيث أنه قد تجاهل الاشارة إلى احترام اتفاق الأطراف للقواعد الإجرائية الآمرة فى قانون الدولة مقر التحكيم. ومن ثم يكون هذا النص قد أخذ فى المقام الأول باتفاق الأطراف حتى ولو جاء مخالفا للنصوص الآمرة فى قانون الدولة مقر التحكيم. وأن هذا القانون الأخير لا يكون له سوى دور احتياطى فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف.

كما يلاحظ أيضا أن هذا النص لم يشر. على خلاف النص الأول السابق ذكره. إلى أى سلطة للمحكمين فى هذا الصدد.

نخلص مما تقدم أن القانون النموذجى قد تضمن ثلاثة حلول متباينة لمسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. الحل الأول يتمثل فى الاعتداد - فى المقام الأول - باتفاق الأطراف فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة الاتباع. وفى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق. يكون للمحكمين حرية تحديد هذه القواعد. ولكن بشرط مراعاة القواعد الآمرة فى قانون الدولة مقر التحكيم التى لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها وتلك التى لا يكون للمحكمين بشأنها أى سلطة تقديرية (م ١٩/١-٢). والحل الثانى ويتمثل فى الاعتداد باتفاق الأطراف فى المقام الأول شريطة ألا يتعارض هذا الاتفاق مع أحد النصوص الآمرة فى قانون الدولة مقر التحكيم. وفى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق. يعتد بقانون الدولة مقر التحكيم (م ٢/٢٤). الحل الثالث والأخير ويأخذ فى المقام الأول باتفاق الأطراف. وفى حالة غياب هذا الاتفاق. يعتد بقانون الدولة مقر التحكيم (م ١/٣٦).

وكنا نفضل أن يأخذ القانون النموذجى بحل واحد يطبق فى جميع الأحوال وبصفة خاصة الحل الأخير لأن هذا الحل هو الذى أخذت به اتفاقية نيويورك على نحو ما رأينا.

وأخيرا، تجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن نصوص القانون النموذجى - السالف البيان - لا تسمح بأى حال من الأحوال بالأخذ بالاتجاه الذى ينادى بتحرير اجراءات التحكيم كلية من الخضوع لأى قانون وطنى معين.

٣ - لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس:

كانت المادة (١٦) من لائحة التحكيم السارية منذ سنة ١٩٥٥ وحتى سنة ١٩٧٥، تنص على أن «القواعد واجبة التطبيق على الاجراءات أمام المحكم هى القواعد الواردة فى هذه اللائحة. وفى حالة سكوت اللائحة.

فإن القواعد واجبة التطبيق هى القواعد الواردة في القانون الاجرائى المختار بواسطة الأطراف أو القواعد الاجرائية السارية فى البلد الذى يجرى فيه التحكيم فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف»(١).

ويستفاد من هذا النص أن القواعد القانونية التى كانت واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم وفقا للائحة السابقة للغرفة هى:

١ - القواعد الاجرائية الواردة فى اللائحة المعمول بها لدى الغرفة.

٢ - وفى حالة وجود أى نقص فى اللائحة، تكون القواعد واجبة التطبيق هى القواعد الاجرائية الواردة فى القانون المختار صراحة من قبل الأطراف.

٣ - وفى الحالة التى لا يعمل فيها الأطراف اختيارهم، تكون القواعد واجبة التطبيق هى القواعد الاجرائية الواردة فى قانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم.

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يكن يعطى للمحكمين أى سلطة تقديرية فى هذا الشأن، بل كان المحكمون ملزمين بتطبيق القواعد الإجرائية الواردة فى اللائحة أو الواردة فى القانون الاجرائى المختار بواسطة الأطراف أو الواردة فى قانون الدولة مقر التحكيم على النحو السالف بيانه(٢).

---

(١) راجع فى هذا النص والتعليق عليه:
FOUCHARD (Ph.): L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 329, N° 506.

(٢) ومن أحكام التحكيم التى صدرت فى ظل المادة (١٦) من هذه اللائحة راجع:
Sentence rendue dans l'affaire N° 1512, en 1971, Clunet 1974, P. 904, Obs. Y. Derains.
وفى هذه القضية تمسك كل من الطرفين، الباكستانى والهندى، بتطبيق قانونه الوطنى على إجراءات التحكيم، بيد أن المحكم استبعد تطبيق القانون الإجرائى الوطنى لكل منهما (أى القانون الباكستانى والهندى) وبعد أن أثبت المحكم غياب الاختيار

بيد أن الغرفة قد عدلت عن هذا الاتجاه فى اللائحة الجديدة التى بدأ العمل بها فى أول مايو سنة ١٩٧٥. فقد نصت المادة (١١) منها على أن: «القواعد واجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هى القواعد الواردة فى هذه اللائحة. وفى حالة سكوت اللائحة، تطبق القواعد التى يحددها الأطراف أو المحكمون فى حالة تقاعس الأطراف، سواء استندوا فى ذلك أم لا إلى قانون إجراءات داخلى».

وكما هو واضح من النص فإن القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الذى يتم تحت رعاية غرفة التجارة الدولية هى كالتالى:

١ - القواعد الإجرائية الواردة فى لائحة التحكيم الناقدة لدى الغرفة ذاتها.

٢ - وفى حالة وجود أى نقص فى هذه اللائحة، القواعد التى يختارها الأطراف بأنفسهم سواء استندوا فى ذلك إلى قانون وطنى أم لا.

٣ - وفى حالة غياب القواعد المختارة بواسطة الأطراف، القواعد التى يحددها المحكمون بأنفسهم سواء بالاستناد إلى قانون وطنى معين أم لا.

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه قد ألغى الاختصاص الاحتياطى والآمر لقانون الدولة مقر التحكيم، وجعل الاختصاص الاحتياطى للمحكمين أنفسهم. كما أنه قد أشار صراحة إلى حرية الأطراف، والمحكمين احتياطيا، فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق دون أن يلزمهم بالالتجاء إلى قانون وطنى معين(١).

- الصريح من قبل الأطراف أكد المحكم أنه من الواجب، وفقا للمادة ١٦ من لائحة الغرفة، اتباع قانون الاجراءات المدنى لمقاطعة جنيف بسويسرا، وذلك باعتباره قانون البلد الذى يجرى فيه التحكيم.

(١) راجع فى ذلك:

GOLDMAN (B.): La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international, Rev. Arb., 1981, P. 476; ROBERT (J.): Op. Cit., 5e édition 1983, P. 272.

وفى ضوء ذلك يمكن القول بأن هذا النص يسمح بالأخذ بالاتجاه الذى يقضى باستقلال إجراءات التحكيم وتحريرها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى، حيث أنه يجيز للمحكمين تطبيق قواعد إجرائية غير وطنية Anationales(١). بيد أن الواقع العملى للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية يكشف عن لجوء المحكمين من أجل تكملة القواعد الواردة فى لائحة تحكيم الغرفة أو تلك المتفق عليها بين الأطراف إلى تطبيق قانون وطنى معين، غالبا ما يكون قانون الدولة مقر التحكيم(٢).

٤ - لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم:

تنص المادة الخامسة من هذه اللائحة على أنه «١- للأطراف حرية الاتفاق على إجراءات التحكيم ... ٢- وفى حالة عدم وجود قواعد إجرائية متفق عليها بواسطة الأطراف، أو فى حالة سكوت هذه اللائحة، كان لمحكمة التحكيم سلطة كبيرة فى تحديدها، وفقا للقانون واجب التطبيق، وذلك من أجل تسوية عادلة وسريعة واقتصادية وحاسمة للنزاع»(٣).

---

(١) راجع فى ذلك:

DERAINS (Y.): Observations sous la sentence rendue dans l'affaire N° 2879 en 1978, Clunet 1979, P. 989 etSS.; BOISSESON (M.): Le droit Français ... Op. Cit., P. 667 etSS. N° 712; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 559, N° 786; BÉGUIN (J.): Op. Cit., PP. 150 - 151, N° 147.

(٢) ومن الأحكام الصادرة فى إطار غرفة التجارة الدولية وفى ظل المادة ١١ من لائحة التحكيم الجديدة وأخذت بهذا الحل راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 2730 en 1982, Clunet 1984, P. 914 etSS; Sentence rendue dans l'affaire N° 3742 en 1983, Clunet 1984, P. 910.

(٣) راجع فى هذا النص والتعليق عليه:

GAILLARD (E.): Arbitrage ..... Op. Cit., JCL, Dr. int., Fasc. 586-80-1, N° 50 - 51.

يستخلص من هذا النص أن القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم الذى يتم تحت رعاية محكمة لندن للتحكيم هى القواعد الاجرائية التى يتفق عليها الأطراف فى المقام الأول، والقواعد الواردة فى اللائحة فى المقام الثانى. ومن هذه الناحية تختلف لائحة محكمة لندن عن لائحة غرفة التجارة فى أن هذه الأخيرة تعطى الأولوية فى التطبيق للقواعد الواردة فى اللائحة ذاتها.

وفى حالة غياب القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف، ووجود أى نقص فى لائحة التحكيم، فإن اللائحة قد اعترفت لمحكمة التحكيم بسلطات واسعة فى تحديد الاجراءات واجبة الاتباع. بيد أن اللائحة قد اشترطت أن يمارس المحكمون هذه السلطات وفقا للقانون واجب التطبيق، دون أن تحدد هذا القانون أو تبين كيفية تحديده.

٥ - لائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم:-

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه اللائحة على أنه «... يسير التحكيم طبقا لهذه اللائحة، كما هى نافذة فى التاريخ الذى يبدأ فيه التحكيم، مع مراعاة التعديلات المتفق عليها كتابة بين الأطراف».

يستفاد من هذا النص أن اللائحة قد اعترفت للأطراف بمكنة تعديل اللائحة والاتفاق على قواعد إجرائية مخالفة لتلك الواردة فيها[١]. وبهذا تكون هذه اللائحة قد أكدت، فى المقام الأول، على مبدأ حرية الأطراف فى اختيار القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أمام المحكمين. وفى حالة عدم

---

(١) ويستفاد نفس المعنى من نص المادة (٢٦) والتى تقضى بأنه: «إن الطرف الذى يعلم أن حكما من أحكام هذه اللائحة أو شرطا من شروطها قد تمت مخالفته، ومع ذلك يستمر فى التحكيم دون أن يقدم أى إعتراض يعتبر أنه قد تنازل عن حقه فى التمسك به». فى التعليق على هذين النصين انظر:

- JOLY (F.): Le reglèment d'arbitrage international de l'Association Américaine d'arbitrage, Rev. Arb. 1993, P. 401, Spéc, pp. 415 - 416.

وجود اتفاق مخالف للأطراف، تسرى على إجراءات التحكيم لائحة التحكيم النافذة وقت البدء فى التحكيم. ويتفق هذا النص مع نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة، وكذلك المادة الخامسة من لائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم، من حيث أنه قد جعل لاتفاق الأطراف الأولوية فى التطبيق على القواعد الواردة فى اللائحة ذاتها، وذلك على خلاف المادة (١١) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية والتى نصت على تطبيق القواعد الواردة فى اللائحة فى المقام الأول.

كما تنص الفقرة الأولى من المادة (١٦) من هذه اللائحة على أنه: «مع مراعاة أحكام هذه اللائحة، فإن لمحكمة التحكيم أن تسير التحكيم بالكيفية التى تراها مناسبة شريطة أن يتعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تعطى كل طرف الحق فى سماعه وتقديم أوجه دفاعه»(١).

ويكاد يتطابق هذا النص، حرفيا، مع نص المادة (١٥) من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة. وقد أعطى هذا النص للمحكمين حرية تحديد الاجراءات واجبة الاتباع. ولكنه قيد من هذه الحرية بضرورة احترام القواعد الاجرائية الواردة فى اللائحة. ومن ثم تكون اللائحة قد اعترفت للأطراف بسلطات أوسع من المعترف بها للمحكمين. ففى حين أنها أجازت للأطراف الاتفاق على قواعد إجرائية مخالفة لتلك الواردة فى اللائحة، فإنها فرضت على المحكمين اتباع القواعد الاجرائية التى تتضمنها. وهذه القواعد الأخيرة هى بالطبع تلك التى لا يكون للمحكمين بشأنها أى سلطة تقديرية.

السؤال الذى يثور الآن هو هل يمكن أن نستخلص من هذين النصين، نظرا للحرية التى اعترفا بها للأطراف ثم للمحكمين فى تنظيم إجراءات التحكيم، أن لائحة تحكيم الجمعية الأمريكية للتحكيم تسمح بالأخذ بالاتجاه الذى يقضى باستقلال إجراءات التحكيم وتحريرها كلية من الخضوع إلى

---

(١) انظر فى التعليق على هذا النص:

JOLY (F.) Op. Cit., P. 417

قانون وطنى على نحو ما خلص إليه الفقه - على نحو ما رأينا - من نص المادة (١١) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية؟ أم أن هذه اللائحة لا تأخذ بهذا الاتجاه المتحرر وتقتضى دائما استناد إجراءات التحكيم الذى يسرى وفقا لها إلى قانون وطنى معين على نحو ما فعلت لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة.

لقد أجابت اللائحة ذاتها عن هذا السؤال، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى منها على أنه «تحكم هذه اللائحة، مع مراعاة أنه فى حالة التنازع بين أحد نصوص هذه اللائحة وأحد نصوص القانون واجب التطبيق على التحكيم التى لا يجوز للأطراف مخالفتها، فإن هذا النص الأخير هو الذى يطبق».

ويكاد يتطابق هذا النص، حرفيا، مع نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة. ويستفاد من هذا النص أن لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم ترفض الأخذ بذلك الاتجاه الذى يقضى باستقلال اجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى. بل إن اللائحة تفترض دائما وجود قواعد قانونية وطنية تخضع لها اجراءات التحكيم ولا يجوز للأطراف، وبالتالى المحكمين، الاتفاق على مخالفتها. وأن هذه القواعد تكون لها الأولوية فى التطبيق على القواعد الواردة فى لائحة التحكيم فى حالة الاختلاف فيما بينهما(١). بيد أن اللائحة لم تبين ماهو القانون واجب التطبيق الذى لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، والذى تكون نصوصه راجحة على نصوص اللائحة. كما أنها لم تبين كيفية تحديده.

مجمل القول: أن قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية تعتد فى المقام الأول بإرادة الأطراف فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. وفى

---

(١) فى نفس المعنى انظر:

JOLY (F.), Op. Cit., PP. 414 - 415.

حالة عدم وجود قواعد إجرائية مختاره بواسطة الأطراف، تمنح المحكمين سلطة تحديد هذه القواعد. بيد أن هذه القواعد تختلف فيما بينها من حيث مدى الحرية المقررة للأطراف والمحكمين فى هذا الشأن. ففى حين أن قواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية تمنح الأطراف، والمحكمين على سبيل الاحتياط، الحرية الكاملة فى تنظيم اجراءات التحكيم، فإن قواعد التحكيم الأخرى تمنح الأطراف، والمحكمين، حرية مشروطة بمراعاة القواعد الآمرة فى القانون واجب التطبيق.

المطلب الثالث

موقف القوانين الوطنية الحديثة

بالاطلاع على نصوص العديد من القوانين الوطنية، وبصفة خاصة تلك التى صدرت مؤخرا بشأن التحكيم، يمكن القول من حيث المبدأ أن معظم القوانين الوطنية قد نصت على الأخذ فى المقام الأول بمبدأ سلطان الإرادة فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة الإتباع أمام المحكمين. كما أنها منحت فى المقام الثانى للمحكمين أنفسهم سلطة تحديد هذه القواعد فى حالة عدم وجود قواعد اجرائية مختارة من قبل الأطراف أو عدم كفاية هذه القواعد.

بيد أننا نلمس اختلافا بين هذه القوانين من حيث مدى الحرية التى قررتها للأطراف، والمحكمين بصفة احتياطية، فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. وفى هذا الصدد، يمكننا أن نميز بين ثلاث طوائف من هذه القوانين: الطائفة الأولى وقد منحت الأطراف، والمحكمين احتياطيا، الحرية الكاملة فى تنظيم إجراءات التحكيم.

ويأتى فى مقدمة هذه القوانين، القانون الفرنسى بشأن التحكيم الدولى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨١. فقد نصت المادة (١٤٩٤) من هذا القانون على أنه: ١- يجوز لاتفاق التحكيم أن ينظم الاجراءات المتبعة فى خصومة التحكيم سواء مباشرة أو بالاستناد إلى لائحة تحكيم؛ ويجوز له أيضا

إخضاع هذه الاجراءات إلى قانون الاجراءات الذى يحدده. ٢- وفى حالة سكوت الاتفاق، ينظم المحكم الاجراءات، بالقدر الذى يحتاجه، سواء مباشرة أو بالإستناد إلى قانون معين أو إلى لائحة تحكيم».

وكما هو واضح من النص، لقد أخذ المشرع الفرنسى، فى المقام الأول، بمبدأ استقلال الإرادة فى تنظيم إجراءات التحكيم. كما أنه أخذ، فى المقام الثانى، بمبدأ حرية المحكمين فى تنظيم هذه الاجراءات وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الخصوص.

فقد أعطى المشرع لإرادة الأطراف الحرية الكاملة فى تنظيم إجراءات التحكيم، فأجاز لهم أن ينظموا الاجراءات إما مباشرة أو باللجوء إلى لائحة تحكيم أو بإخضاع الاجراءات لقانون وطنى من اختيارهم.

ومن ثم يجوز للأطراف تنظيم كافة المسائل الاجرائية فى اتفاقهم التحكيمى، دون أن يكونوا ملزمين باللجوء إلى قواعد إجرائية معدة سلفا. كما يجوز لهم المزج بين عدة قوانين وطنية(١)، بل ويجوز لهم أيضا تجميد القانون الوطنى المختار من قبلهم، أى استبعاد التعديلات اللاحقة التى قد تحدث فى هذا القانون بعد اتفاقهم(٢). كما يجوز لهم أيضا اخضاع الاجراءات لقواعد اجرائية لا تنتمى لنظام قانونى معين كما لو لجأوا إلى المبادىء الاجرائية المشتركة فى عدة قوانين وطنية أو المبادىء العامة للاجراءات المشتركة فى كل الأنظمة الوطنية أو فى قانون التجار الجديد للإجراءات La lex mercatoria de procedure(٣).

---

(١) راجع:

BOISSESON: Le droit Français ... Op. Cit., P. 658; COHEN (D.), Op. Cit., P. 172.

(٢) راجع:

BELLET (P.) et MEZGER 9E.): L'arbitrage international dans le nouveau code de procedure civile, Rev. Crit., 1981, P. 611, Spéc, P. 625.

(٣) راجع:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... Op. Cit., JCL, Dr. int. fasc 586-8-1, N° 27.

كما يجوز للأطراف الاتفاق على أن تسرى إجراءات التحكيم وفقا للائحة التحكيم السارية لدى أحد المراكز الدائمة للتحكيم مثل لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية أو لائحة محكمة لندن للتحكيم. كما يجوز للأطراف، أخيرا، اختيار قانون وطنى معين لكى يحكم إجراءات التحكيم. ويلاحظ أن المشرع قد وضع هذا الحل، أى اختيار قانون إجرائى وطنى، فى المرتبة الأخيرة، كما أنه أعطى للأطراف الحرية الكاملة فى إختيار هذا القانون ولم يستلزم وجود أى صلة بين القانون المختار وبين عناصر التحكيم مثل جنسية الأطراف أو المحكمين أو محل إقامتهم أو المكان الذى يجرى فيه التحكيم(١).

وعلى ذلك يكون المشرع الفرنسى، فى قانون التحكيم الجديد، قد تجاوز المفهوم المقرر لمبدأ سلطان الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقود فى مجال القانون الدولى الخاص، والذى يتلخص فى حرية الأطراف فى اختيار قانون وطنى معين من بين القوانين التى تتنازع فيما بينها لحكم العلاقة(٢).

كما أعطى المشرع الاختصاص للمحكمين بتحديد القواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد المتفق عليها بينهم.

وقد منح المشرع للمحكمين نفس السلطات التى منحها للأطراف، فأجاز لهم تنظيم اجراءات التحكيم سواء بطريق مباشر أو باللجوء إلى قانون وطنى أو لائحة تحكيم. وبناء عليه يجوز للمحكمين أن يصيغوا

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.): La volonté ... Op. Cit., P. 475; COHEN (D.), ..., Op. Cit., P. 172, N° 37.

(٢) انظر:

BELLET et MEZGER: Op. Cit., PP. 620 - 621; KLEIN: La nouvelle règlementation Française de l'arbitrage international et les lois suisses, R.T.S., 1984, P. 59.

بأنفسهم اجراءات التحكيم أو أن يلجأوا فى ذلك إلى لائحة تحكيم أو اختيار قانون وطنى معين أو المزج بين عدة قوانين وطنية أو اللجوء إلى مبادىء إجرائية فوق وطنية Supra_Nationaux(١). كما يجوز للمحكمين عدم اجراء أى خيار من ذلك. فهم ليسوا ملزمين بأن يضعوا مقدما تقنينا يشتمل على كل القواعد الاجرائية واجبة الاتباع. بل يمكنهم حسم المسائل الاجرائية أولا بأول أثناء سير خصومة التحكيم. وهو ما يستفاد من صدر الفقرة الثانية من النص السابق بقولها: «... ينظم المحكم الإجراءات بالقدر الذى يحتاجه Autant qu'il est besoin»(٢).

الخلاصة أن المشرع الفرنسى، فى قانون التحكيم الجديد، قد اعترف للأطراف والمحكمين بالحرية الكاملة فى تنظيم إجراءات التحكيم دون أن يفرض عليهم تطبيق قانون وطنى معين أو مراعاة حتى الأحكام الآمرة فى أى قانون وطنى. ومن ثم يمكن القول بأن المشرع الفرنسى قد أخذ بالاتجاه الذى يقضى باستقلال اجراءات التحكم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى(٣).

وقد أعرب بعض الفقهاء(٤) وبحق عن قلقه وتخوفه من هذه

---

(١) انظر فى ذلك:
GAILLARD (E.): Arbitrage ......, Op. Cit., JCL, Dr. int. Fasc 586-8-1, N⁰ 28.

(٢) فى نفس المعنى راجع:
GOLDMAN (B.): La volonté ... Op. Cit., P. 475; COHEN (D.), Op. Cit., P. 175, N⁰ 43; BÉGUIN (J.), Op. Cit., P. 150 etSS. N⁰ 147.

(٣) انظر:
LEVEL (P.), La procedure arbitrale, D.P.A.I., 1984, P. 56 etSS; FOUCHARD: L'arbitrage international en France Après. ... Op. Cit., P. 387 etS. Spéc. P. 388, N⁰ 24.

(٤) انظر:
BELLET et MEZGER: Op. Cit., P. 621.

الحرية المعطاة للأطراف والمحكمين فى تنظيم إجراءات التحكيم من أنها قد تؤدى إلى حلول متناقضة Paradoxales وتضاعف من حالات انعدام الأمان القانونى L'incertitude juridique فى العلاقات الدولية بدلا من التقليل منها. فى حين يرى البعض الآخر(١) أن هذا التخوف لا مبرر له وأن الحرية المطلقة المعطاة للأطراف والمحكمين فى تحديد - أو حتى فى ابتداع - إجراءات التحكيم لا يجب الحكم عليها إلا مع الأخذ فى الاعتبار القيود Contraintes التى تفرضها الأنظمة القانونية فى البلدان التى يطعن فيها ضد حكم التحكيم بالبطلان وتلك التى يطلب فيها الاعتراف بالحكم وتنفيذه. ومن أهم هذه القيود تلك المستمدة، بداهة، من النصوص المتعلقة بالنظام العام فى قانون الدولة التى يكون حكم التحكيم محل طعن بالبطلان أمام محاكمها.

وفى نفس الاتجاه أيضا يمكن أن نذكر القانون السويسرى الجديد بشأن التحكيم الدولى الخاص. فقد نصت المادة (١٨٢) من هذا القانون على أنه: «١- يجوز للأطراف تنظيم إجراءات التحكيم مباشرة أو باللجوء إلى لائحة تحكيم، كما يجوز لهم أيضا اخضاع هذه الاجراءات لقانون اجراءات من اختيارهم. ٢- إذا لم ينظم الأطراف الإجراءات، تتولى محكمة التحكيم تحديدها، حسب الحاجة، سواء مباشرة أو باللجوء إلى قانون معين أو لائحة تحكيم».

وكما هو واضح من النص، لقد اعتنق المشرع السويسرى - مثل نظيره الفرنسى - فى قانون التحكيم الجديد مبدأ استقلال إرادة الأطراف فى تنظيم إجراءات التحكيم، معترفا لهم بحرية غير محدودة. فأجاز لهم أن يصيغوا بأنفسهم مباشرة فى اتفاق التحكيم القواعد الاجرائية واجبة التطبيق أو أن يتفقوا على أن تسرى اجراءات التحكيم وفقا للائحة

---

(١) انظر:

GAILLARD (E.): Arbitrage ... Op. Cit., J-CL. Dr. int. fasc. 586-8-1, N° 29.

التحكيم النافذة، مثلا، لدى محكمة لندن للتحكيم، أو أن يختاروا قانونا وطنيا معينا ليكون هو الواجب التطبيق على الإجراءات، دون أن يكونوا ملزمين باختيار قانون وطنى معين. وإذا ما اتفق الأطراف على شيء من ذلك، فإن هذا الاتفاق يكون ملزما للمحكمين.

وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو فى حالة نقص القواعد الاجرائية المتفق عليها من قبلهم، فإن الاختصاص بتحديد القواعد الإجرائية ينعقد للمحكمين أنفسهم، مع الاعتراف لهم بنفس السلطات المعترف بها للأطراف. فيجوز لهم أن يضعوا بأنفسهم القواعد الإجرائية أو يلجأوا فى ذلك إلى إحدى لوائح التحكيم أو تطبيق قانون وطنى معين. بل إن المحكمين غير ملزمين بأن يضعوا مقدما القواعد الاجرائية واجبة الاتباع، ويمكنهم تحديد هذه الاجراءات أولا بأول أثناء سير خصومة التحكيم.

والقيد الوحيد الذى يرد على حرية الأطراف والمحكمين هو ضرورة احترام مبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ المواجهة. وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة بقولها: «أيا كانت الاجراءات المختارة، يجب على محكمة التحكيم ضمان تحقيق المساواة بين الأطراف ومبدأ المواجهة»(١).

ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع السويسرى لم ينص على تطبيق قانون وطنى معين ولو بصفة احتياطية، ومن ثم يمكن القول بأن القانون السويسرى الجديد قد اتجه نحو الأخذ باستقلال اجراءات التحكيم وتحريرها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى.

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:
LALIVE (P.), POUDRET (Jf) et REYMOND (C.): Op. Cit., P. 348 etSS.

وراجع أيضا:
Lalive (P.), et Gaillard (E.), Op. Cit., P. 935 etSS. Reymond (C.), La nouvelle loi Suisse ..., Op. Cit., P. 410; BUDIN (R.): Op Cit., P. 58; TSCHANZ (PY): Le nouveau droit Suisse ... Op. Cit., PP. 445 - 446.

وقد أخذ بنفس الاتجاه المتحرر القانون الجزائرى الجديد للتحكيم. قد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ٦ من هذا القانون على أنه: «يجوز لاتفاق التحكيم أن ينظم الاجراءات واجبة الاتباع فى خصومة التحكيم سواء مباشرة أو باللجوء إلى لائحة تحكيم. كما يجوز له أيضا اخضاع هذه الاجراءات لقانون الاجراءات الذى يحدده. وفى حالة سكوت الاتفاق، ومالم يوجد اتفاق مخالف للأطراف، تنظم محكمة التحكيم الإجراءات، بالقدر الذى تحتاجه، سواء مباشرة أو باللجوء إلى قانون معين أو إلى لائحة تحكيم».

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائرى قد أخذ فى المقام الأول بمبدأ استقلال إرادة الأطراف فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، مع الاعتراف لهؤلاء بالحرية الكاملة فى تحديد هذه القواعد. فأجاز لهم أن يصيغوا بأنفسهم فى اتفاق التحكيم القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أمام المحكمين أو أن يتفقوا على أن تسرى الاجراءات وفقا لإحدى لوائح التحكيم، مثل لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة. كما أجاز لهم أخيرا أن يتفقوا على تطبيق قانون وطنى معين.

وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد الاجرائية المتفق عليها من قبلهم، أعطى المشرع سلطة تحديد هذه القواعد للمحكمين أنفسهم، مع الاعتراف لهم بنفس الحرية التى قررها للأطراف. ومن ثم يجوز للمحكمين أن يصيغوا بأنفسهم إجراءات التحكيم أو أن يستندوا فى ذلك إلى لائحة تحكيم معينة أو تطبيق قانون إجراءات وطنى معين.

الخلاصة أن القانون الجزائرى الجديد للتحكيم قد أعطى للأطراف والمحكمين الحرية الكاملة فى تنظيم إجراءات التحكيم دون أن يلزمهم بتطبيق قانون وطنى معين، ودون أن ينص على تطبيق قانون وطنى معين ولو بصفة احتياطية. ومن ثم يكون القانون الجزائرى قد اتجه نحو الأخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحريرها كلية من

الخضوع لأى قانون وطنى(١)، على غرار القانون الفرنسى والقانون السويسرى كما رأينا.

وإلى جانب هذه الطائفة من القوانين المتحررة، هناك طائفة ثانية من القوانين الحديثة والتى وإن كانت قد أخذت بمبدأ سلطان الإرادة فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، كما أعطت سلطة تحديد هذه القواعد للمحكمين أنفسهم فى حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف أو عدم كفايتها، بيد أنها لم تمنح الأطراف والمحكمين نفس الحرية التى منحتها إياهم الطائفة الأولى، بل قيدت من هذه الحرية.

ومن هذه الطائفة يمكن أن نذكر قانون إقليم الكيبك الجديد بشأن التحكيم، فقد نصت المادة ١٩٢٦/٦ منه على أنه: «مع مراعاة أحكام هذا القانون التى لا يجوز مخالفتها، تنظم إجراءات التحكيم بواسطة العقد أو وفقا لقانون الاجراءات المدنية فى حالة عدم تنظيم العقد لها». وطبقا لنص المادة ١/٩٤٤ من قانون المرافعات المدنية تسير إجراءات التحكيم وفقا للقواعد التى يحددها الأطراف فى اتفاق التحكيم، وفى حالة عدم وجود القواعد المتفق عليها من قبل الأطراف، كان للمحكمين تحديد هذه القواعد.

ونخلص من هذين النصين إلى أن المشرع قد اعتد فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق باتفاق الأطراف فى المقام الأول. وفى حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، أسند المشرع مهمة تحديد هذه القواعد فى المقام الثانى إلى المحكمين. بيد أن المشرع لم يقرر للأطراف أو المحكمين حرية مطلقة فى هذا الشأن، بل أوجب عليهم مراعاة القواعد الاجرائية التى لم يقرر لأى منهم سلطة تقديرية بشأنها. وهذا هو معنى التحفظ الوارد بصدر المادة ١٩٢٦/٦ بقوله: «مع مراعاة أحكام هذا القانون

---

(١) انظر:

ISSAD (M.): Le décret législatif ......, Op. Cit., PP. 378 - 379 et PP. 395 - 396.

التى لا يجوز مخالفتها». وبعبارة أخرى فإن المشرع قبل أن ينص على حرية الأطراف، والمحكمين فى حالة غياب اتفاق الأطراف، أوجب عليهم مراعاة القواعد الاجرائية التى لا يجوز لهم مخالفتها(١).

ويمكن أن نذكر أيضا القانون الأسبانى الجديد للتحكيم. فقد نصت المادة (٢١) من هذا القانون على أنه: «١- يجب أن تكون خصومة التحكيم مطابقة دائما لأحكام هذا القانون، وأن تراعى المبادىء الأساسية المتعلقة بحضور الأطراف، ومبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف. ٢ - تخضع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف أو للقواعد المنشأة بواسطة المنظمة أو الجمعية التى أسندت إليها مهمة إدارة التحكيم أو لاتفاق المحكمين فى حالة غياب القواعد المحددة بواسطة الأطراف أو بواسطة المنظمة أو الجمعية التى أسند إليها مهمة إدارة التحكيم».

ويستفاد من الفقرة الثانية من هذه المادة أن المشرع الأسبانى قد أخضع اجراءات التحكيم، للقواعد المتفق عليها من قبل الأطراف أو لتلك الواردة فى لائحة التحكيم النافذة لدى مركز التحكيم الذى اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم تحت رعايته. وفى حالة عدم وجود مثل هذه القواعد أو عدم كفايتها، أخضع المشرع إجراءات التحكيم للقواعد التى يتفق عليها المحكمين أنفسهم. ولكن قبل أن ينص المشرع على حرية الأطراف ومراكز التحكيم والمحكمين فى تنظيم إجراءات التحكيم، أوجب فى الفقرة الأولى من المادة المذكورة أن تكون خصومة التحكيم مطابقة لأحكام هذا القانون دائما وذلك بقولها: «يجب أن تكون خصومة التحكيم دائما مطابقة لأحكام هذا القانون، وأن تراعى المبادىء الأساسية المتعلقة بحضور الأطراف، ومبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف». وهذا يعنى أنه يجب على الأطراف والمحكمين احترام القواعد التى نص عليها القانون والمتعلقة باجراءات

---

(١) انظر:
THUILLEAUX (S.): La loi de 1986 Sur l'arbitrage au quebec, R.D.A.I., 1988, P. 927 et 930.

التحكيم. ولقد رتب المشرع على مخالفة القواعد الاجرائية الواردة فى هذا القانون بطلان حكم التحكيم. فقد نصت المادة (٤٥) من هذا القانون على أنه: «لا يجوز ابطال حكم التحكيم إلا فى الأحوال التالية: ١- ... ٢- عندما لا تراعى الأشكال Les formalités والمبادىء الأساسية التى نص عليها القانون لتسمية المحكمين وسير خصومة التحكيم ...».

وفى نفس الاتجاه أيضا القانون الإيرلندى الجديد للتحكيم، فقد نصت المادة ١٠٣٦ من هذا القانون على أنه: «مع مراعاة أحكام هذا الباب، تسير إجراءات التحكيم بالكيفية المتفق عليها من قبل الأطراف أو بالكيفية التى تحددها محكمة التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الخصوص».

ويستفاد من هذا النص أن المشرع الايرلندى يقرر حرية الأطراف، والمحكمين احتياطيا، فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. بيد أنه لم يقرر لهم حرية مطلقة فى هذا الخصوص، بل أوجب عليهم مراعاة القواعد المنصوص عليها فى الباب الأول والمتعلق بالتحكيم الذى يجرى فى ايرلندا (المواد من ١٠٢٠ إلى ١٠٧٣). ومن ثم يمكن القول بأنه عندما يكون مقر التحكيم فى ايرلندا، يجب على الأطراف والمحكمين مراعاة القواعد الواردة فى قانون التحكيم الايرلندى، والتى تنطبق على التحكيم الذى يجرى فى إيرلندا[١].

وأخيرا، فإن من القوانين الهامة التى يمكن أن تذكر ضمن هذه الطائفة، القانون البرتغالى الجديد للتحكيم رقم ٣١ لسنة ١٩٨٦. طبقا لنص المادة ٢٧ من هذا القانون: «ينطبق هذا القانون على كل التحكيمات التى تجرى على أقليم الدولة». وبالتالى يجب مراعاة القواعد الإجرائية الآمرة

---

(١) فى نفس المعنى انظر:
BOISSESON (M.), Le droit Français, Op. Cit., P 671.

المنصوص عليها فى القانون البرتغالى عندما يكون مقر التحكيم فى البرتغال سواء أكان تحكيما داخليا أم ذا طابع دولى. وقد رتب المشرع على عدم مراعاة هذه القواعد بطلان حكم التحكيم (م ٢٧)(١).

وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأن هذه الطائفة من القوانين لا تسمح بالأخذ بالاتجاه الذى يقضى باستقلال اجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأى قانون وطنى(٢).

وإلى جانب هاتين الطائفتين السابقتين، هناك طائفة ثالثة من القوانين اتخذت موقفا وسطا، لا هو بالمتحرر كلية على غرار الطائفة الأولى، ولا هو بالمتشدد كلية على غرار الطائفة الثانية. فهذه الطائفة الثالثة نجدها من ناحية أولى تعترف للأطراف بالحرية الكاملة فى الاتفاق على القواعد الاجرائية واجبة الإتباع أمام المحكمين. ومن ناحية ثانية، وإن كانت تعترف من حيث المبدأ للمحكمين بالحرية فى تنظيم إجراءات التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على الاجراءات واجبة الإتباع، بيد أنها تفرض عليهم مراعاة القواعد الاجرائية التى تتضمنها. وهذه القواعد هى بالطبع تلك التى لا يكون للمحكمين أى سلطة تقديرية بشأنها.

ويأتى فى مقدمة هذه الطائفة من القوانين قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الجديد للتحكيم. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١٢) من هذا القانون على أنه: «يفصل المحكم دون أن يكون ملزما باتباع الاجراءات القضائية، باستثناء الاجراءات المنصوص عليها فى هذا الباب (أى باب التحكيم) والاجراءات الخاصة بدعوة الأطراف للحضور وتقديم أوجه

---

(١) انظر فى ذلك:

L'ario Moura vicente, L'évolution recente du droit de l'arbitrage au portugal, Rev. Arb. 1991, P. 434.

(٢) فى نفس النتيجة بالنسبة للقانون البرتغالى راجع:

Ibid - 434

دفاعهم، وكذلك الاجراءات التى تسمح لهم بتقديم مستنداتهم. ومع ذلك، يجوز للأطراف الاتفاق على إجراءات محددة يجب اتباعها بواسطة المحكم»(١).

يتضح من هذا النص أن المشرع قد اعتد فى المقام الأول بالقواعد الإجرائية المتفق عليها من قبل الأطراف، مع الاعتراف لهم بالحرية الكاملة فى اختيار هذه القواعد، حيث أن المشرع لم يلزمهم باختيار قانون إجراءات وطنى معين أو، بصفة عامة، باختيار قواعد اجرائية معينة. وفى حالة عدم وجود قواعد اجرائية متفق عليها من قبل الأطراف أو عدم كفايتها، كان للمحكمين حرية اختيار اجراءات التحكيم دون أن يكونوا ملزمين باتباع القواعد الاجرائية المتبعة أمام القضاء، ولكن المشرع ألزم المحكمين باتباع القواعد الاجرائية المنصوص عليها فى باب التحكيم. هذا بالإضافة إلى الإجراءات الخاصة بدعوة الأطراف للحضور وتقديم أوجه دفاعهم ومستنداتهم. وبهذا يكون قانون دولة الإمارات المتحدة قد اعترف للمحكمين بحرية مقيدة بالمقارنة بتلك التى قررها للأطراف أنفسهم(٢).

ويمكن أن نذكر ضمن هذه الطائفة، القانون المصرى الحالى للتحكيم، فقد نصت المادة (٢٥) من هذا القانون على أنه: «لطرفى التحكيم الإتفاق على الاجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضاع

---

(١) يقول النص بالفرنسية:

«L'arbitre statue sans être tenu de suivre la procedure judiciaire, à l'exception de celle prevue dans le présent titre et celle particulière à la convocation des parties et à l'audition de leurs mayens de défense, ainsi que celle leur permattant de produire leurs documents. Les parties peuvent, néanmoins, convenir d'une procedure déterminée qui devra être suivie par l'arbitre».

(٢) انظر فى التعليق على هذا النص.

EL-AHDAB (A.), La nouvelle loi sur l'arbitrage de l'État des Emirats, Arabes unis, Op. Cit., PP. 241 etS.

هذه الاجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة».

يتضح من هذا النص أن المشرع المصرى قد أخضع إجراءات التحكيم، فى المقام الأول، للقواعد التى يتفق عليها الأطراف مع الاعتراف لهم بحرية كاملة فى اختيار هذه القواعد، فيجوز لهم أن يصيغوا بأنفسهم - فى اتفاق التحكيم - القواعد الاجرائية واجبة الاتباع من قبل المحكمين أو أن يتفقوا على تطبيق قانون وطنى معين أو يتفقوا على أن تسير إجراءات التحكيم وفقا للقواعد النافذة لدى منظمة أو مركز تحكيم سواء فى الداخل مثل قواعد المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة أو فى الخارج مثل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس(١).

وفى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو عدم كفاية القواعد المتفق عليها من قبلهم، كان للمحكمين سلطة تحديد القواعد الاجرائية التى يرونها مناسبة. بيد أن المشرع لم يقرر للمحكمين نفس الحرية التى قررها للأطراف. بل أوجب عليهم إتباع القواعد الاجرائية الواردة فى هذا القانون. وهذه القواعد هى تلك التى لم يمنح القانون المحكمين سلطة تقديرية بشأنها، سواء أكانت آمرة أو مكملة طالما لم يتفق الخصوم على ما يخالفها(٢). فهذا هو معنى القيد الذى أورده النص بقوله: «فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون ....».

---

(١) فى نفس المعنى انظر: د. مختار بريرى، المرجع السابق، ص ص ٩٢ - ٩٣، بند ٥١.

(٢) فى نفس المعنى راجع: د. على بركات، المرجع السابق، ص ص ٢١٢ ومابعدها، بند ٢١٧.

الخلاصة:

بعد أن استعرضنا موقف كل من الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية من مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، يمكننا أن نخلص من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يعتد فى المقام الأول بإرادة الأطراف فى تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، مع الاعتراف للأطراف بحرية كبيرة فى هذا الصدد. حيث يجوز لهم أن يصيغوا بأنفسهم - فى اتفاق التحكيم ايا كانت صورته - القواعد الاجرائية واجبة الاتباع أو أن يتفقوا على اتباع القواعد النافذة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة أو أن يتفقوا على تطبيق قانون وطنى معين ولو لم يكن له أية صلة بعناصر التحكيم أو موضوع النزاع.

وفى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، فإن الاتجاه السائد يتمثل فى منح المحكمين سلطة تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق.

بيد أننا نلمس إختلافا فى الفقه حول مدى إمكانية استقلال اجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. ففى حين ذهب بعض الفقهاء إلى القول بضرورة خضوع التحكيم، بما فى ذلك الاجراءات، لقانون وطنى معين، فإن جانبا كبيرا فى الفقه ذهب إلى القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. ولكن فى داخل هذا الجانب الفقهى يمكننا أن نميز بين رأيين: الأول يرى أنه فى مثل هذا الفرض، يتعين أن يخضع التحكيم، بما فى ذلك الاجراءات، للقانون الدولى العام. والثانى يرى إمكانية خضوع اجراءات التحكيم لقواعد إجرائية غير وطنية، مستندا فى ذلك إلى ما يجرى عليه العمل لدى مراكز التحكيم الدائمة، وإلى نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم.

كما نلمس هذا الاختلاف على صعيد قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. ففى حين أن البعض منها (قواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية) يعترف للأطراف، وإحتياطيا للمحكمين، بالحرية الكاملة فى تنظيم

اجراءات التحكيم. فإن البعض الآخر يقيد من هذه الحرية بشرط مراعاة القواعد الآمرة فى القانون واجب التطبيق التى لا يجوز مخالفتها. وهو ما يفترض بالضرورة خضوع اجراءات التحكيم دائما لقانون وطنى معين.

كما نلمس هذا الاختلاف أيضا على صعيد القوانين الوطنية. ففى حين أن البعض منها (القانون الفرنسى، والسويسرى، والجزائرى) يعترف للأطراف ، واحتياطيا للمحكمين، بالحرية الكاملة فى تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، فإن البعض الآخر (القانون الايرلندى، والأسبانى) يقيد من حرية الأطراف وكذلك المحكمين فى اختيار هذه القواعد بشرط مراعاة القواعد الآمرة التى لا يجوز لهم مخالفتها. كما أن فريقا ثالثا من هذه القوانين (على سبيل المثال: القانون المصرى) يعطى للأطراف الحرية الكاملة فى اختيار القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، بينما يقيد من سلطة المحكمين فى هذا الشأن.

وبايجاز شديد يمكن القول، من حيث المبدأ، بأن الاتجاه السائد لدى الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية يتمثل فى الاعتداد أولا بإرادة الأطراف فى تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم. وفى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، كان للمحكمين سلطة تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. ولا يستثنى من ذلك سوى اتفاقية نيويورك والتى نصت على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، ولم تعط للمحكمين أى سلطة فى هذا الشأن.

المبحث الثانى

مدى إنطباق المبادىء السابقة على إجراءات التحكيم في عقود البترول

بعد أن عرضنا للمبادىء السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بصفة عامة، فإنه يثور التساؤل الآن عن مدى انطباق هذه المبادىء على إجراءات التحكيم المتعلق بعقود البترول. حيث يثور التساؤل عما إذا كانت إجراءات التحكيم تخضع لإرادة الأطراف فى المقام الأول؟ وإذا كانت هذه الاجراءات تخضع لإرادة الأطراف، فما هو الحل الواجب الاتباع فى حالة غياب القواعد الاجرائية المختارة من قبل الأطراف؟ هل تخضع الاجراءات لقانون الدولة مقر التحكيم أم أنه يجب ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمحكمين؟

للإجابة عن هذين التساؤلين نعرض أولاً للممارسة التعاقدية وما قدمته من حلول، ثم نعرض ثانيا لموقف أحكام التحكيم، كل فى مطلب مستقل، على أن نعقب ذلك برأينا الخاص.

المطلب الأول

الممارسة التعاقدية

بالاطلاع على العديد من عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة (أو الأجهزة التابعة لها) والشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال، نجد من ناحية أن أطراف هذه العقود يحرصون على تضمين شروط التحكيم المدرجة فى هذه العقود بعض القواعد الاجرائية الأساسية السائدة فى مجال التحكيم. كما نجد من ناحية أخرى أن جانبا منها قد تعرض لمسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وقد انتهجت هذه العقود أحد مسلكين: فإما أن تتولى مباشرة تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وإما أن تتبع طريقا غير مباشر بأن تشير إلى الوسيلة التى يمكن من خلالها تحديد هذا القانون.

ونعرض أولا، وبصورة موجزة، لأبرز القواعد الإجرائية المتبناه

من قبل الأطراف. ثم نعرض بعد ذلك للحلول التى تضمنتها عقود البترول لمسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

أولا: القواعد الإجرائية المعتمدة مباشرة من قبل الأطراف فى عقود البترول:

تتضمن شروط التحكيم المدرجة فى عقود البترول بعض القواعد الاجرائية السائدة فى مجال التحكيم ولعل من أبرز هذه القواعد تلك التى تتعلق بكيفية بدء إجراءات التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم. حيث تنص غالبية عقود البترول(١) على أن تبدأ إجراءات التحكيم ويتم تشكيل محكمة التحكيم بإخطار يوجهه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر بأنه يرغب فى إحالة النزاع إلى التحكيم. ويعين محكما يذكر اسمه فى هذا الإخطار. على أن يقوم الطرف الثانى بتعيين محكم ويخطر به الطرف الأول خلال مدة معينة. على أن يقوم هذان المحكمان باختيار محكم ثالث خلال مدة زمنية معينة. وتختلف المدة التى تحددها عقود البترول لذلك. إلا أنها تتراوح مابين خمسة عشر يوما إلى خمسة وأربعين يوما(٢).

وإذا كان الأصل أن يقوم الطرف الثانى بتعيين محكمة. وأن يقوم

---

(١) راجع على سبيل المثال: العقدين المبرمين بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان عامى ١٩٦٢/١٩٦٤ (المادة ٤٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة نيفادا الأمريكية عام ١٩٨٢ (المادة ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة شل وينتج الهولندية فى عام ١٩٨٤ (المادة ٢٣).

(٢) على سبيل المثال، حددت هذه المدة بخمسة عشر يوما بالنسبة لتعيين المحكم الثانى. وثلاثين يوما بالنسبة للمحكم الثالث فى العقدين المبرمين بين الحكومة المصرية والمؤسسة العامة المصرية للبترول وشركة بان أمريكان عامى ١٩٦٣/١٩٦٤ (المادة ٤٢)، وحددت هذه المدة بثلاثين يوما فى العقود التى أبرمتها حكومة العراق مع شركة نفط العراق عام ١٩٢٥ (المادة ٤٠) وشركة نفط الموصل عام ١٩٢٢ (المادة ٣٩) وشركة نفط البصرة عام ١٩٢٨ (المادة ٤١). وحددت هذه المدة بخمسة وأربعين يوما فى العقد المبرم بين المؤسسة السعودية (بترومين) والشركة الإيطالية (اجيب) عام ١٩٦٧ (المادة ٢٠)، وكذلك فى العقد المبرم بين المؤسسة السعودية (بترومين) وشركة سنكلير، وناتوماس. وباكستان فى عام ١٩٦٧ (المادة ٢٥).

المحكمان باختيار المحكم الثالث، وذلك خلال المواعيد المنصوص عليها فى العقد. إلا أن غالبية العقود قد واجهت الفرض الذى يمتنع فيه الطرف الثانى عن تعيين محكمه، وكذلك الفرض الذى يخفق فيه المحكمان عن تعيين المحكم الثالث. وقد لجأت هذه العقود إلى وسائل متنوعة(١).

فقد أسندت بعض عقود البترول مهمة تعيين المحكم الثانى أو المحكم الثالث إلى إحدى السلطات القضائية فى الدولةالمنتجة. من ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد المبرم بين المؤسسة العامة السعودية (بترومين) والشركة الإيطالية (أجيب) عام ١٩٦٧. فقد نصت المادة (٢٠) من هذا العقد على أنه: «... وعند تعذر تعيين المحكم الثانى خلال الوقت المحدد، أو عند تعذر اتفاق المحكمين خلال الوقت المحدد على تعيين محكم ثالث، وجب تعيين المحكم المطلوب من قبل هيئة تمييز المنازعات المنصوص عليها فى المادة ٥٠ من نظام التعدين العربى السعودى ...».

بينما أسندت بعض عقود البترول الأخرى هذه المهمة إلى سلطة قضائية أجنبية. ويمكن أن نذكر من ذلك ما نصت عليه المادة (٣/٢٥) من العقد المبرم بين شركة النفط الوطنية العراقية والمؤسسة الفرنسية إيراب عام ١٩٦٨ من أنه: «... إذا لم يعين أحد المحكمين خلال ثلاثين يوما ... فلأى من الطرفين أن يطلب تعيين هذا المحكم من قبل رئيس المحكمة الفيدرالية فى لوزان بسويسرا ... وإذا ما فشل المحكمان خلال ثلاثين يوما ... فى التوصل إلى اتفاق بشأن شخص المحكم الثالث، يتم تعيين الأخير بناء على طلب أى من الطرفين من قبل رئيس المحكمة الفدرالية فى لوزان فى سويسرا ...»(٢).

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٥٢٢ ومابعدها.

(٢) وانظر أيضا: العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية (نيوك) والشركة الإيطالية (اجيب) عام ١٩٥٧، وقد اسند هذه المهمة إلى رئيس محكمة مقاطعة جنيف بسويسرا، والعقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية المذكورة وشركة بان أمريكان عام ١٩٥٨، والشركة الكندية سافير عام ١٩٥٨، وقد أسندا هذه المهمة إلى رئيس المحكمة الفيدرالية بسويسرا راجع فى ذلك:

LOGIE (J.), Op. Cit., P., 415.

هذا فى حين أن عددا قليلا من عقود البترول قد أسند مهمة تعيين المحكم أو المحكم الثالث إلى رئيس محكمة العدل الدولية ... ويمكن أن نذكر من ذلك ما نصت عليه المادة (٤٤) من العقد المبرم بين إيران والشركات المكونة للكونسرتيوم عام ١٩٥٤ من أنه إذا أخفق المحكمان المعينان من قبل الطرفين فى تعيين المحكم الثالث، يتم تعيين هذا الأخير بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية بناء على طلب أى من الطرفين. وإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه، كان من حق الطرف الآخر التقدم بطلب إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم وحيد(١).

ولقد درجت معظم العقود التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية على تضمنها نصا يقضى بأنه فى حالة عدم قيام الطرف الثانى بتعيين محكمه، أو إخفاق المحكمين فى تعيين المحكم الثالث. تتولى محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس تعيين المحكم الثانى بناء على طلب الطرف الأول. أو تعيين المحكم الثالث بناء على طلب أى من الطرفين(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه أنه بعد إنشاء مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، درجت معظم عقود اقتسام الإنتاج التى أبرمتها مصر والهيئة المصرية العامة للبترول مع الشركات الأجنبية على تضمنها نصا يقضى بأنه فى حالة عدم قيام المدعى عليه بتعيين محكمه خلال المدة المنصوص عليها فى العقد، كان للمدعى أن يطلب من المركز تعيين المحكم

---

(١) انظر:

Rev. Arb., 1956, P. 63, Spéc. P. 66.

وفى نفس الاتجاه يمكن أن نذكر العقد المبرم بين إيران والشركة الأنجلو إيرانية عام ١٩٣٣ (م ٢٢). انظر:

LOGIE (J.), Op. Cit., P. 414.

(٢) انظر على سبيل المثال: العقدين المبرمين بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وبان أمريكان على ٦٣/١٩٦٤ (م ٤١، م ٤٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة نيفادا الأمريكية عام ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ....، وشركة شكل وينتج الهولندية فى عام ١٩٨٤ (م ٢٣).

الثانى. وإذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الرئيس فى خلال المدة المحددة فى العقد، فإنه يجوز لأى من الطرفين أن يطلب من السكرتير العام للمحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاى أن يعين جهة تتولى التعيين، وهذه الجهة تعين المحكم الرئيس بنفس الطريقة التى يغين بها المحكم الوحيد وفقا للمادة (٦/٣) من قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦(١).

كما درجت غالبية عقود البترول على النص على أنه يشترط فى المحكم الثالث ألا يحمل جنسية أى من طرفى النزاع، وأن يحمل جنسية دولة يكون لها علاقات دبلوماسية مع الدولة (أو الهيئة العامة) المتعاقدة والدولة التى تنتمى إليها الشركة الأجنبية المتعاقدة، وألا يكون له مصالح اقتصادية فى أعمال البترول لدى الأطراف الموقعة على العقد. ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج إن. فى. الهولندية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه: «هـ - ... ويتعين أن يكون هذا المحكم الرئيس شخصا من جنسية غير جنسية جمهورية مصر العربية أو جنسية هولندا، ويجب أن يكون من دولة لها علاقات دبلوماسية مع كل من جمهورية مصر العربية وهولندا. كما يشترط ألا يكون له مصالح اقتصادية فى أعمال البترول لدى الأطراف الموقعة على هذه الاتفاقية»(٢).

---

(١) راجع على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج الهولندية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة بى بى بتروليم الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومةالمصرية والهيئة المذكورة وشركة أموكو للزيت مصر الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أيوك كوانك الإيطالية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة فيليبس عام ١٩٨٧ (م ٢٢).

(٢) وانظر أيضا: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة العامة المصرية وشركة نيفادا الأمريكية عام ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة بى بى بتروليم الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أموكو للزيت مصر الأمريكية عام ١٩٨٧ (م ٢٢).

كما عنيت معظم عقود البترول بتحديد مقر التحكيم أو ببيان كيفية تحديده. بيد أنها لم تتخذ موقفا موحدا فى هذا الشأن. فقد حددت بعض عقود البترول مقر التحكيم فى إقليم الدولة المتعاقدة مالم يتفق الطرفان على مكان آخر. ومن ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين المؤسسة السعودية العامة (بترومين) والشركة الايطالية (إجيب) عام ١٩٦٧، فقد نصت المادة (٢٠) من هذا العقد على أنه: «... ويجب أن يكون مكان التحكيم فى داخل المملكة العربية السعودية أو فى أى مكان آخر حسبما قد يتم الاتفاق عليه بين الطرفين ...»(١). فى حين أن بعض العقود الأخرى قد حددت مقر التحكيم فى دولة أجنبية. من ذلك العقد المبرم بين حكومة السعودية وشركة أرامكو عام ١٩٣٣، حيث نصت المادة (٣١) من هذا العقد على أنه «أما مكان التحكيم فيتفق عليه الفريقان. وإذا عجزا عن الاتفاق على ذلك فيكون فى لاهاى (هولندا)». وإلى جانب ذلك، تركت بعض العقود مسألة تحديد مقر التحكيم للمحكمين، سواء المحكم الثالث أو المحكم الوحيد، حسب الأحوال، وذلك فى حالة عدم اتفاق الطرفين. من ذلك العقد المبرم بين إيران والكونسرتيوم عام ١٩٥٤، حيث نصت المادة (٤٤) من هذا العقد على أنه: «... يحدد الأطراف مكان وإجراءات التحكيم. وفى حالة فشل الأطراف فى التوصل إلى اتفاق فى هذاالشأن، يحدد مكان التحكيم وإجراءاته بواسطة المحكم الثالث أو المحكم الوحيد، حسب الأحوال ...»(٢).

ولقد درجت معظم العقود التى أبرمتها الحكومة المصرية مع الشركات الأجنبية على النص على أن يجرى التحكيم فى مدينة استوكهولم

---

(١) وانظر أيضا: العقد المبرم بين حكومة السعودية والشركة اليابانية عام ١٩٥٧ (م ٥٥)، والعقود المبرمة بين حكومةالعراق وشركة نفط الموصل عام ١٩٣٢ (م ٢٩)، وشركة نفط البصرة عام ١٩٣٨ (م ٤١).

(٢) انظر: Rev. Arb., 1956, P. 67. ولقد أخذ بنفس الحل العقد المبرم بين الشركة الوطنية الايرانية وشركة بان أمريكان عام ١٩٥٨، والعقد المبرم بين الشركة الوطنية الايرانية والشركة الكندية سافير عام ١٩٥٨، راجع فى ذلك:
LOGIE (J.), Op. Cit., P. 417.

بالسويد(١)، هذا مع مراعاة أن العقود التى أبرمتها الحكومة المصرية بعد إنشاء المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة قد درجت على النص على أن يجرى التحكيم فى مدينة القاهرة مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك(٢).

ثانيا: الحلول التى تضمنتها عقود البترول بشأن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

إلى جانب بعض القواعد الإجرائية التى تتضمنها عقود البترول على نحو ما رأينا، تعرضت العديد من عقود البترول لمسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أنها لم تتخذ موقفا موحدا فى هذا الشأن. ويمكن فى هذا الصدد التمييز بين عدة طوائف:

---

(١) راجع على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية للبترول وشركة بان أمريكان عام ١٩٦٢ (م ٤١)، والعقد المبرم بين نفس الأطراف عام ١٩٦٤ (م ٤٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو وست فيران أنك الأمريكية وشركة توتال الفرنسية عام ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة شل وينتج الهولندية، وشركة شل قارون النمساوية فى عام ١٩٨٤ (م ٢١).

(٢) راجع على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج ان. فى. الهولندية فى عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة بى بى بتروليم الأمريكية عام ١٩ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أموكو للزيت مصر الأمريكية فى عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المذكورة وشركة أيوك كوانك الإيطالية عام ١٩٩٧ (م ٢٢)

١ - العقود التى نصت على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة:

نصت بعض العقود على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. ومن هذه العقود يمكن أن نذكر العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فيلبس عام ١٩٦٣. فقد نصت المادة (٤٨) من هذا العقد على أنه «١- يحال إلى التحكيم طبقا لقانون الاجراءات المدنية للجمهورية العربية المتحدة، أى نزاع بين الحكومة والأطراف يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو الادعاء بمخالفته، ولا تستطيع الحكومة والأطراف الوصول إلى اتفاق بشأنه فيما بينهم». وكذلك أيضا العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والشركة الشرقية للبترول والشركة الدولية للزيت فى أول ديسمبر عام ١٩٦٣. فقد نصت المادة (٦٧/أ) من هذا العقد على أنه «١- يحال على التحكيم طبقا للمادة ٤٥ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ كل نزاع قد ينشأ بين الحكومة وبين طرف أو أكثر من أطراف هذا العقد يتعلق بتفسير هذا العقد أو بتنفيذه أو كليهما»(١).

٢ - العقود التى نصت على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم:

نصت بعض العقود على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم. وبالنسبة لهذه الطائفة من العقود فمنها ما نص على اللجوء إلى قانون الدولة مقر التحكيم بصفة رئيسية. ومن أمثلة هذا النوع يمكن أن نذكر العقد المبرم بين مصر والشركة الشرقية للبترول والشركة الدولية للزيت فى عام ١٩٦٣ والسالف الإشارة إليه، حيث نصت المادة (٦٧/أ) من هذا العقد على أنه: «٢- يحال كل نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد أو كليهما قد ينشأ بين طرفين أو أكثر من أطراف هذا العقد، خلاف الحكومة، على التحكيم طبقا لأحكام البند (ب). ب/٢- للمحكم الحرية التامة فى اختيار الدولة التى تكون مقرا للتحكيم، ويتم التحكيم فى هذه الحالة طبقا لقوانين هذا البلد»، ومنها ما نص على اللجوء إلى قانون الدولة مقر التحكيم بصفة

---

(١) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ٩٣٠ ومابعدها، خصوصا ص ١٠٠٦.

احتياطية وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القواعد الاجرائية واجبة التطبيق. ومن أمثلة هذا النوع من العقود يمكن أن نذكر العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) والشركة الإيطالية (اجيب) فى عام ١٩٥٧. فقد نصت المادة (٤٤) من هذا العقد على أنه «فى حالة عدم اتفاق الأطراف بشأن القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، تطبق القواعد الاجرائية المنصوص عليها فى قوانين البلد الذى يجرى فيه التحكيم»(١).

٣ - العقود التى نصت على تطبيق قواعد القانون الدولى:

نصت بعض عقود البترول على اخضاع اجراءات التحكيم للقانون الدولى العام. وأهم مثال يمكن أن يذكر فى هذا الصدد. عقود البترول التى أبرمتها الحكومة الليبية مع الشركات الأجنبية فى ظل قانون البترول الليبى رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥ حيث كانت تنص المادة (٢٨) من هذا القانون على تطبيق القواعد الاجرائية الواردة فى المواد من ٢٩ إلى ٦٤ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية(٢).

٤ - العقود التى خولت الأطراف أو المحكمين احتياطيا سلطة تحديد القانون واجب التطبيق:

اتبعت هذه الطائفة أسلوبا غير مباشر فى تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، وذلك بتخويل الأطراف أنفسهم سلطة تحديد هذا القانون أو هذه القواعد. أو المحكمين فى حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق فى هذا الشأن. وأهم مثال يمكن أن يذكر فى هذاالصدد. العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية (نيوك) والشركة الكندية سافير SAPPHIR عام ١٩٥٨. فقد نصت المادة (٤١) من هذا العقد على أنه «يحدد مقر

---

(١) انظر: HANDJANT (A.), Op. Cit., P. 24.

(٢) راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٥٤٢، وللمزيد من الأمثلة راجع:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 248 - 249.

التحكيم وإجراءاته بواسطة الأطراف. وفى حالة عدم توصل الأطراف إلى اتفاق، يحدد مقر التحكيم وإجراءاته بواسطة المحكم الثالث أو المحكم الوحيد، حسب الأحوال»(١) ومن ذلك أيضا العقد المبرم بين شركة النفط العراقية والمؤسسة الفرنسية (إيراب) عام ١٩٦٨. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٥) من هذاالعقد على أنه «يحدد محل التحكيم من قبل رئيس محكمة التحكيم ويجرى التحكيم طبقا للقواعد والاجراءات التى يضعها الرئيس»(٢).

ومن الجدير بالذكر فى هذاالمقام أن غالبيةالعقود التى أبرمتها مصر مع الشركات الأجنبية قد درجت على النص على أن يجرى التحكيم طبقا لقواعد التوفيق والتحكيم السارية لدى غرفة التجارة الدولية. وأنه فى حالة وجود نقص أو قصور فى هذه القواعد. فإن المحكمين يقومون بوضع قواعد السير فى إجراءات التحكيم. ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة كونوكو وست فيران أنك الأمريكية وشركة توتال بروش أوريون الفرنسية فى ٢٢ فبراير عام ١٩٨٢. فقد نصت المادة (٢٣) من هذا العقد على أن «ب- يفصل نهائيا فى أى نزاع يقع بين المقاول والهيئة فيما يتعلق بهذه الاتفاقية بطريق التحكيم. ويعقد هذا التحكيم فى استكهولم بالسويد. ويجرى طبقا لقواعد التوفيق والتحكيم للغرفة التجارية الدولية. وفى حالة عدم وجود نصوص فى هذه القواعد لبعض الحالات، فإن المحكمين يقومون بوضع قواعد السير فى إجراءات التحكيم»(٣).

---

(١) راجع مع المزيد من الأمثلة:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 250

وأيضا:

HANDJANT (A.), Op. Cit., P. 24.

(٢) راجع فى هذا العقد: د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب، المرجع السابق، ص ١٥٢٩.

(٣) راجع فى هذا العقد: الجريدة الرسمية - العدد ٨ تابع (أ) فى ٢٥ فبراير ١٩٨٢. وكأمثلة راجع أيضا المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة -

على أن يلاحظ أن غالبية العقود التى أبرمتها الحكومة المصرية مع الهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية بعد إنشاء مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى قد درجت على النص بأن يجرى التحكيم طبقا لقواعد التحكيم السارية لدى المركز وقت إبرام العقد.

ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج ان. فى. الهولندية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ من أنه «ب- يحسم أى نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ بين المقاول والهيئة ... بطريق التحكيم طبقا لقواعد تحكيم المركز الإقليمى للتحكيم التجارى بالقاهرة السارية فى تاريخ هذه الاتفاقية»(١).

مجمل القول أن دراسة الممارسة التعاقدية تكشف عن أن الأطراف غالبا ما يكتفون بالنص على بعض القواعد الإجرائية السائدة فى مجال التحكيم، مثل كيفية بدء إجراءات التحكيم أو اختيار المحكمين أو تحديد مقر التحكيم أو بيان كيفية تحديده. ثم بعد ذلك إما أن ينصوا على تطبيق قانون وطنى معين أو يفوضوا المحكمين فى تحديد القانون واجب التطبيق.

= المصرية العامة للبترول وشركة نيفادا الأمريكية فى عام ١٩٨٢ (الجريدة الرسمية - العدد ١٢ (مكرر) فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٢)، المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركتى كونوكو وبلاسيد أويل الأمريكيتين وشركة هيسبا نويل الأسبانية فى ٢٧ أغسطس ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية - العدد ٣١ تابع (ب) فى ٢ أغسطس سنة ١٩٨٤)، والمادة (٢١) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة .... وشركة شل ونتج الهولندية، وشركة شل قارون النمساوية فى ٨ أبريل سنة ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية - العدد ١٢ مكرر (أ) فى ٢١ مارس سنة ١٩٨٤)، والمادة (٢٢) من العقد المرم بين الحكومة المصرية والهيئة .... وشركة شل وينتج الهولندية فى عام ١٩٨٤ (الجريدة الرسمية - العدد ١٢ مكرر (هـ) فى ٢١ مارس عام ١٩٨٤).

(١) انظر فى هذا العقد: الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (تابع) فى ١٢ مايو سنة ١٩٨٨. وكأمثلة راجع أيضا: المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة بى بى بتروليم الأمريكية فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ٣٩ (تابع) فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٨)، والمادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة . وشركة أموكو للزيت =

المطلب الثانى

موقف أحكام التحكيم

لم تتخذ أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات التى نشأت بين بعض الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم موقفا موحدا تجاه مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ويمكننا فى هذا الصدد أن نميز بين طائفتين من هذه الأحكام: فقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام، فى حين ذهب جانب آخر إلى إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم. ونعرض فيما يلى لهاتين الطائفتين:

أولا: أحكام التحكيم التى أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام:

من أحكام التحكيم التى أخذت بهذا الحل حكم التحكيم الصادر فى ٢٣ أغسطس لسنة ١٩٥٨ فى النزاع الذى ثار بين حكومة السعودية وشركة أرامكو، وحكم التحكيم الصادر فى ١٩ يناير ١٩٧٧ فى قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، وحكم التحكيم الصادر فى ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧ فى قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية، ونعرض لهذه الأحكام تباعا.

١ - حكم التحكيم الصادر فى ٢٣ أغسطس سنة ١٩٥٨ فى قضية أرامكو ضد الحكومةالسعودية(١):

من أوائل أحكام التحكيم وأبرزها التى أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام حكم التحكيم الصادر فى النزاع الذى ثار بين حكومة

- مصر الأمريكية فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ٢٦ (تابع) فى ٣٠ يونيو ١٩٨٨)، المادة (٢٢) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ..... وشركة أيوك كوانك الايطالية فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٨٧ (الجريدة الرسمية - العدد ٤٠ (تابع) فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٨٨).

(١) انظر هذا الحكم منشور بالكامل فى:

Rev. Crit., 1963, P. 272.

السعودية وشركة أرامكو فى ٢٢ أغسطس عام ١٩٥٨. ونظرا لأنه لم يسبق لنا التعرض لوقائع هذا النزاع فسوف نعرض لها بشىء من الإيجاز.

تتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم فى أنه فى ٢٩ مايو عام ١٩٣٣ أبرمت حكومة المملكة العربية السعودية عقد امتياز بترولى مع شركة استاندرد أويل أوف كاليفورنيا Standard Oil of California. والتى أصبحت فيما بعد الشركة العربية الأمريكية للبترول «أرامكو» Arabian American oil Company (ARAMCO).

وأثناء سريان هذا العقد، وفى ٢٠ يناير عام ١٩٥٤ أبرمت حكومة السعودية عقدا مع شخص يدعى أوناسيس «ONASSIS» لنقل البترول المنتج ومشتقاته من السعودية إلى الخارج. طالبت حكومة السعودية شركة أرامكو بالالتزام بأحكام هذا العقد، بيد أن أرامكو قدرت أن أحكام هذا العقد تتعارض مع عقد الامتياز المبرم بينهما فى عام ١٩٣٣ والذى يمنحها الحق المطلق فى نقل البترول المنتج وتصديره بما فى ذلك حرية اختيار وسائل النقل الضرورية.

ومن أجل حل الخلاف الناشىء بين حكومة السعودية وشركة أرامكو، اقترحت حكومة السعوية عرض النزاع على التحكيم إعمالا لنص المادة (٣١) من العقد المبرم بينهما عام ١٩٣٣. وبالفعل تم إبرام اتفاق تحكيم فى ٢٣ فبراير عام ١٩٥٥. وتطبيقا لهذا الاتفاق تم تشكيل محكمة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة الأستاذ السويسرى الجنسية سوزر - هل «SAUSER_HALL» لحسم هذا النزاع، والتى أصدرت الحكم الحالى.

وكانت أول مشكلة تواجه محكمة التحكيم هى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وإعمالا لنص المادة السادسة من اتفاق التحكيم المبرم فى ٢٣ فبراير عام ١٩٥٥، حددت محكمة التحكيم بالإجماع القواعد الاجرائية واجبة الاتباع وذلك فى أول جلسة لها فى ١٥ يونيو عام ١٩٥٥. وفى هذا الشأن قررت محكمة التحكيم تطبيق القواعد الاجرائية المعتمدة من قبل الأطراف فى المادة السادسة من اتفاق التحكيم، مع الاحتفاظ

لها بالحق فى تعديلها أو تكملتها بقرار من أغلبية أعضاء المحكمة وذلك بما لا يخل بالأحكام الواردة فى اتفاق التحكيم. ولقد تم بالفعل تعديل وتكملة القواعد الاجرائية من قبل محكمة التحكيم العديد من المرات(١).

وقد رحب بعض الفقهاء(٢) باتباع هذا الأسلوب فى تحديد القواعد الاجرائية بالقول بأنه من غير الممكن أن نطلب من هيئة التحكيم أن تعد مقدما تقنينا كاملا للمرافعات المدنية. فلو أن مشكلة إجرائية ظهرت ولم تكف القواعد المعتمدة بصفة أولية لحلها، فسوف يكون هناك محل لتطوير هذه القواعد بمداولة وتشاور جديد. إن هذا الاسلوب فى تحديد القواعد الاجرائية يبدو أكثر مرونة من الاعتماد بشكل نهائى وحاسم على قانون المرافعات المدنية لدولة معينة - كقانون الدولة مقر التحكيم - قد لا تتلائم أحكامه مع الطابع الخاص للاجراءات المعنية.

ومع ذلك يرى هؤلاء أن اتباع هذا الاسلوب فى تحديد القواعد الاجرائية يكون فى غاية الخطورة وترجع هذه الخطورة إلى أن صياغة القواعد التكميلية، نظرا لأنه يحدث بعد ظهور المشكلة الاجرائية غير

---

(١) انظر الحكم: Rev. Crit. 1963, P. 275 etSS.

(٢) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence Aramco et le droit international Privé, Rev. Crit., 1964, P. 647, Spéc., P. 648.

حيث يقول:

«on ne peut demander `a un college arbitral de façonner `a l´avance un code complet de procedure civile. Si une difficulté apparait que les règles initialement adoptées ne suffisent pas `a resoudre, il y aura lieu de developper ces règles par une nouvelle déliberation. Le procede parait plus souple que l´adoption définitive du code de procedure civile d´un État determine, serait - ce celui du siège, dont les dispositions ne seraient peut - être pas adoptées au caractère particulier de la procedure en cause ...»

المتوقعة ولحسمها، قد تكون محمولة للتوصل إلى نتيجة محددة. وذلك على عكس القواعد الاجرائية المعدة سلفا، حيث أنه من غير الممكن أن ينسب إليها هذا العيب(١).

على أية حال، لقد ارتأت محكمة التحكيم عدم ترك تحديد الاجراءات لتقديرها الشخصى وضرورة الاستناد فى ذلك على نظام قانونى قائم، وقررت المحكمة إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولى ولكن لكى تصل المحكمة إلى هذه النتيجة، بدأت المحكمة باستبعاد تطبيق القانون الوطنى لكل من الطرفين. فاستبعدت القانون السعودى على أساس أن شرط التحكيم المنصوص عليه فى المادة (٣١) من عقد الامتياز المبرم عام ١٩٣٣ قد حدد مكان التحكيم فى لاهاى بهولندا، ثم تحول هذا المقر إلى مدينة Lucerne بسويسرا ثم أخيرا إلى مدينة جنيف. وهكذا فإن التحكيم - طبقا لقول المحكمة ذاتها - كان مقره خارج العربية السعودية فى كل الأحوال، وبالتالى فإن الشىء المؤكد أن القانون الذى يحكم هذا النظام ليس هو قانون هذه الدولة، لأن الأطراف قد اتفقوا منذ البداية على إبعاد منازعاتهم عن قضاء المحاكم المحلية، وهو شرط أساسى يحقق للمستثمر ضمانة وجود قاض محايد(٢).

---

(١) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence ..., Op. Cit., P. 648.

حيث يذكر أن:

«Le danger est cependant que les règles complémentaires étant adoptées après l'apparition d'une difficulté imprévue et pour la regler, leur formulation puisse paraitre influencée par la préoccupation d'obtenir un résultat déterminé; les règles préexistantes échappent à ce reproch».

(٢) انظر الحكم: Rev. Crit., 1963, P. 304.

حيث ذكر الحكم أن:

«L'arbitrage devant avoir lieu, dans toutes les éventualités, en dehors de l'arabie saoudite, il est patent que la loi qui régit cette institution n'est pas celle de cet Etat, car les parties ont entendu, des le début, soustraire leurs accords pour assurer à la concessionnaire la garantie d'un juge neutre».

واستبعدت المحكمة أيضا تطبيق القانون الأمريكى وذلك على أساس أن هذا القانون ليس له أى سند من الاختصاص، ليس فقط لأن مقر التحكيم لم يكن محددا فى الولايات المتحدة الأمريكية، بل أيضا استنادا إلى مبدأ المساواة الكاملة بين الأطراف أمام المحكمة(١).

كما استبعدت محكمة التحكيم تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم وذلك على أساس أن مبدأ الحصانة القضائية للدول يتعارض مع ممارسة السلطات القضائية للدولة مقر التحكيم لحقها فى الرقابة على التحكيم والتدخل، فى بعض الأحيان، أثناء إجراءات التحكيم. فبالاستناد إلى مبدأ الحصانة القضائية التى يقرره القانون الدولى للدول الأجنبية، من غير المقبول أن يخضع التحكيم الذى تشارك فيه دولة ذات سيادة لقانون دولة أخرى، حيث أن تدخل هذه الدولة الأخيرة يشكل اعتداء على سيادة الدولة الطرف فى التحكيم، ومن شأنه أن يجعل حكم التحكيم الذى يصدر فى مثل هذه الأحوال وهميا. وبناء عليه انتهت محكمة التحكيم إلى أن هذا التحكيم لا يمكن إلا أن يخضع مباشرة للقانون الدولى العام(٢).

---

(١) انظر الحكم:

Rev. Crit., 1963, P. 405.

وذكر الحكم أن:

«La loi américaine de l'autre partie n'ayant aucun titre de compétence, non seulement parce que le siège du tribunal arbitral n'est pas fixé aux États - unis, mais encore en raison du princepe de la complète égalite des parties devant l'arbitre».

(٢) انظر الحكم: Rev. Crit., 1963, P. 405.

إذ يذكر أن:

«Le principe de l'immunité de juridiction des États, (par in parem non habet jurisdictionem), S'oppose à ce que les autorités judiciaires de l'État du siège puissent exercer leur droit de contrôle sur l'arbitrage et s'ingérer, dans certains cas, dans la procedure arbitrale ... le tribunal de céans, considérant que l'mmunité de =

ولقد تعرض هذا الحكم لانتقاد من قبل غالبية الفقهاء الذين علقوا عليه سواء من حيث الحجج التى استند عليها فى ابتعاده لقانون كل من الطرفين وقانون الدولة مقر التحكيم أو من حيث النتيجة التى انتهى إليها وهى تطبيق القانون الدولى العام على إجراءات التحكيم.

فقد ذهب بعض الفقهاء(١) - وبحق - إلى أن مبدأ مساواة

- juridiction assurée par le droit des gens aux États étrangers ..., ne saurait admettre que l'arbitrage auquel participe un souverain peut relever de la loi d'un autre État ... il en résulte que l'institution de l'arbitrage comme telle ne peut que relever directement du droit des gens».

(١) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence ..., Op. Cit., P.. 651.

حيث يقول:

«Le principe d'égalité ne suffit pas à écarter la loi d'une des parties, car C'est le droit commun que l'application d'une des lois ayant quelque lien objectif avec la situation. Malgre l'avantage qu' un tel choix procure à l'une des parties, il faut bien aussi compter finalement avec la teneur de la loi en question qui peut être avantageuse à la partie adverse».

وفى نفس المعنى انظر:

ZAHI (A.), Op. Cit., P. 322.

ويرى أن المنطق يقضى بتطبيق قانون الدولة التى نشأ فيها النزاع، أى القانون السعودي. وأن مبدأ المساواة بين الأطراف لن يضار لأن مقر التحكيم كان خارج السعودية فى كل الفروض.

وعكس ذلك انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs .... Op. Cit., P. 652.

حيث يرى أن تطبيق قانون له صلة موضوعية بموضوع النزاع يجب أن يزول. فيما يتعلق بالاجراءات، أمام مبدأ المساواة بين الأطراف والذين لا يستهدفون من وراء اللجوء إلى التحكيم التحقق من وجود قاض محايد فحسب، بل أيضا وجود إجراءات مستقلة عن تلك الواردة فى قانون كل من الطرفين.

الأطراف أمام المحكم لا يكفى لاستبعاد قانون أحد الطرفين. وذلك لأن القانون المقارن يقضى بتطبيق أحد القوانين التى لها صلة موضوعية بالمركز القانونى. وعلى الرغم من الميزة التى قد يحصل عليها أحد الأطراف من وراء تطبيق قانونه. فإنه يجب الأخذ فى الاعتبار. أن مضمون هذا القانون قد يكون مفيدا فى النهاية للطرف الآخر.

أما من ناحية التمسك بالحصانة القضائية لاستبعاد تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم فهى حجة ليست مقنعة. وفى هذا الصدد، ذهب بعض الفقهاء(١) إلى القول بأنه ليس من المؤكد أن الحصانة القضائية تتعارض مع خضوع دولة ما لقانون دولة أخرى. ففى الواقع. لو أن حكومة دولة أقامت دعوى أمام محاكم دولة أجنبية أو دفعت فى الموضوع فى دعوى مرفوعة ضدها أمام قضاء أجنبى، فإنها بذلك تكون قد تنازلت عن حصانتها. وليس هناك من شك فى أن قانون دولة القاضى المختص يكون هو الواجب التطبيق على الاجراءات. فلماذا لا يكون الأمر كذلك بالنسبة للتحكيم، وتخضع إجراءات التحكيم لقانون دولة معينة؟

كما ذهب جانب أخر من الفقه(٢) إلى القول بأنه ليس من المؤكد أن الدولة التى تكون طرفا فى تحكيم من هذا النوع تكون مشمولة بالحصانة القضائية. فالقانون السويسرى (والذى أشار إليه الحكم ذاته صراحة) يأخذ بالحصانة القضائية المقيدة، حيث يميز هذا القانون فى مجال الحصانة القضائية بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة. هذا بالإضافة إلى أن الحصانة القضائية تتعلق بالدولة المدعى عليها التى تكون مكلفة بالحضور أمام القضاء، وليس بالدولة المدعية التى يجوز لها أن تتنازل عن الحصانة القضائية. ومن

---

(١) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence ..., Op. Cit., PP. 650 - 651.

(٢) انظر:

LALIVE (P.), Problèmes relatifs .... Op. Cit., PP. 653 - 654.

المعروف أن الطرفين قد اتفقا، فى اتفاق التحكيم، على أن يتوجها معا إلى محكمة التحكيم، فلا يوجد فى هذه القضية مدع ولا مدعا عليه.

زد على ذلك أن الطرفين قد أدرجا شرطا فى اتفاق التحكيم قررا فيه «أنه ليس فى قرارهما المشترك بخضوع النزاع للتحكيم طبقا للمادة ٣١ من عقد امتياز أرامكو، ولا فى التحكيم ذاته، ما يثير مسألة سيادة الدولة السعودية». إن هذا الشرط إن لم يشر إلى إحتمال تطبيق قانون دولة مقر التحكيم على الاجراءات، فإنه يمكن الاستناد عليه، عند الحاجة، لاستبعاد فكرة الحصانة القضائية.

أخيرا، واستقلالا عن فكرة الحصانة القضائية ذاتها، كيف يمكن أن نقبل وبدون تحفظ تأكيد المحكمة أن التحكيم الذى تشارك فيه دولة ذات سيادة لا يمكن أن يخضع لقانون دولة أخرى. إن هذا التأكيد لا يمكن التمسك به إلا عندما تتصرف الدولة باعتبارها دولة ذات سيادة، ولكن عندما تدخل الدولة فى علاقة مع شخص خاص وتتعامل معه على قدم المساواة - كما هو الحال بالضرورة عندما تتفق معه على اللجوء إلى التحكيم - فليس هناك ما يمنع من وجهة نظر القانون الدولى أن تخضع الدولة للقواعد القانونية لدولة أخرى، كما هو الشأن عندما تخضع لنظامها القانونى. وبناء عليه يجب الانتهاء إلى أن البواعث Les motifs التى تمسك بها حكم أرامكو لا تبرر الحل الذى أخذ به.

وفى الحقيقة إن الحجةالتى تمسك بها حكم التحكيم تثير الدهشة، على الأقل فيما يتعلق بلهجة التأكيد التى عبر عنها. ومما يثير الدهشة أيضا أن الأستاذ (سوزر-هل)، رئيس محكمة التحكيم التى أصدرت هذا الحكم، قد أعلن بشكل غير صريح أمام مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأمستردام عام ١٩٥٧، وقبل إيداع حكم التحكيم ببضع شهور، أننا نتردد فى إخراج هذا التحكيم من اطار القواعد المعتادة فى القانون الدولى الخاص وإخضاعه لمبادىء القانون الدولى»(١).

---

(١) انظر:

SAUSER - HALL (G.). Op. Cit., 1957, P. 409.

ومما يدعو للتعجب أن محكمة التحكيم فيما يتعلق بالإجراءات تمسكت بأن أحد الأطراف دولة ذات سيادة وأخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام، وفيما يتعلق بموضوع النزاع أكدت أن أحد الأطراف ليس دولة ذات سيادة، وإنما شركة خاصة ومن ثم أكدت على أن العقد لا يخضع للقانون الدولى العام. ألا يدل ذلك على التناقض والفساد فى الاستدلال الذى أصاب الحكم فى حيثياته؟.

وعلى الرغم من كل هذه الانتقادات التى وجهت إلى الحل الذى أخذ به حكم تحكيم أرامكو، فإن الاستاذ DUPUY قد أخذ بهذاالحل فى حكم التحكيم الذى أصدره فى قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، وهو الحكم الذى نعرض له الآن.

٢ - حكم التحكيم الصادر فى ١٩ يناير لسنة ١٩٧٧ فى قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية:

لقد سبق أن تعرضنا لوقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم(١) ونكتفى هنا بالتذكير بأن هذا الحكم قد صدر فى النزاع الذى نشأ بين الحكومة الليبية وشركتى تكساكو وكالازياتيك الأمريكيتين على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم الأموال والمصالح المملوكة لهما فى عام ١٩٧٣.

ولقد بدأ المحكم الوحيد فى هذه القضية الأستاذ DUPUY، فى معرض بحثه عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ببيان أنه فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإنه يجب على المحكم تحديد النظام القانونى واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. وفى هذا الصدد هناك نوعان من الحلول يمكن الاستناد على أى منهما: الحل الأول والذى أخذ به الأستاذ CAVIN فى التحكيم الذى جرى بين الشركة الكندية سافير «Sapphir» والشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك» والذى يتمثل فى إخضاع التحكيم لقانون وطنى معين، وخصوصا قانون الدولة مقر التحكيم.

---

(١) انظر ما سبق، ص ١٢٦ ومابعدها.

ولقد ارتأى الأستاذ DUPUY أن هذا الحل كان له ما يبرره فى القضية المذكورة وذلك على أساس أن النزاع لم يكن طرفاه دولا ذات سيادة. كما أنه من المفضل من الناحية العملية أن يستند حكم التحكيم إلى نظام قانونى وطنى عندما يراد تنفيذه.

بيد أن المحكم قد قرر عدم ملائمة الأخذ بهذا الحل فى القضية الحالية حيث أن الطرف المدعى عليه فى هذه القضية دولة ذات سيادة هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن الاعتبارات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم لا شأن للمحكم بها.

أما الحل الثانى: فهو الحل الذى أخذ به الحكم الصادر فى قضية أرامكو والذى يتمثل فى إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام مباشرة. وقد قدر المحكم أن هذا الحل هو الحل الأكثر ملاءمة فى القضية الحالية. ولقد استند فى تبرير هذا الحل على نفس البواعث التى استند عليها الحكم السابق. فقد أوضح المحكم أنه عندما يكون أحد طرفى إجراءات التحكيم دولة ذات سيادة، فإن مبدأ الحصانة القضائية التى تتمتع بها الدولة يتعارض مع ما يمكن أن تمارسه السلطات القضائية فى الدولة صاحبة المقر لحقها فى الرقابة على التحكيم والتدخل، فى بعض الأحيان، أثناء الاجراءات. وانتهى المحكم إلى أن التحكيم، فى القضية الحالية، لا يمكن إلا أن يخضع مباشرة للقانون الدولى العام.

ولقد استند المحكم على بواعث أخرى إضافية لصالح تطبيق القانون الدولى العام على إجراءات التحكيم. فقد ارتأى المحكم فى طريقة تعيين المحكم الوحيد وبصفة خاصة النص على اللجوء إلى رئيس محكمة العدل الدولية لتعيينه، أن هذا يعنى أن الأطراف قد اتفقوا على أن يكون التحكيم الحالى موضوعا تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة، وبالتالى فإن النظام القانونى الذى يحكمه هو القانون الدولى العام(١).

---

(١) انظر:

- LALIVE (J.), Un grand arbitrage ..., Op. Cit., P. 323 etSS.

ولما كان هذا الحكم قد أخذ بنفس الحل الذى سبق أن أخذ به الحكم الصادر فى قضية أرامكو واستند على نفس الحجج التى استند عليها. فإن الانتقادات التى وجهت إلى هذا الحكم الأخير تنسحب بالطبع على الحكم الصادر فى قضية تكساكو.

وإلى جانب ذلك يمكننا أن نوجه النقد إلى هذا الحكم من ناحيتين: فمن ناحية أولى فإن القول بأن الاعتبارات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم لا شأن للمحكم بها قول فى غاية الخطورة. فإذا كان من الصحيح أن مسألة تنفيذ حكم التحكيم تثور فى مرحلة لاحقة على صدور الحكم أمام القضاء الوطنى، ولا تدخل ضمن اختصاص المحكم. بيد أننا نرى أنه يجب على المحكم أن يأخذ فى الحسبان كل ما من شأنه أن يسهل تنفيذ حكم التحكيم وأن يبتعد عن كل ما قد يعوق تنفيذه والاعتراف به. وذلك لأن تنفيذ حكم التحكيم هو الهدف النهائى من نظام التحكيم ككل(١). فإذا لم يكن اللجوء إلى التحكيم سوف يسفر فى النهاية عن حكم تحكيم يمكن تنفيذه فإنه لا طائل إذن من اللجوء إلى التحكيم كطريق لتسوية المنازعات سوى إضاعةالوقت والجهد والمال. إن حكم التحكيم هو الثمرة الحقيقية للتحكيم. وهذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ. فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتتحدد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات(٢). وبناء عليه نرى أنه يجب على المحكم أن يأخذ فى الحسبان كل الاعتبارات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم وذلك على عكس ما قرره المحكم دبوى فى القضية الحالية.

- وأيضا

COHEN JONATHAN (C.), L'arbitrage texaco ... Op. Cit., 1977, P. 452 etS. Sterne, Trois arbitrages ... Rev. Arv. 1980, P. 10.

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل حول تنفيذ أحكام التحكيم، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٢٤٥ ومابعدها.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل حول تنفيذ أحكام التحكيم، د. عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى ....، المرجع السابق، ص ٢.

ومن ناحية ثانية، فإن الاستناد على النص الذى يقضى باللجوء إلى رئيس محكمةالعدل الدولية لتعيين المحكم الوحيد للقول بأن الأطراف قد رغبوا فى أن يتم التحكيم تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة وبالتالى فإن النظام القانونى الذى يحكم التحكيم هو القانون الدولى العام يعتبر حجة واهية ولا يمكن التسليم بها. إذ أن المحكم يحمل النص أكثر مما يحتمل وينسب للأطراف إرادة لا وجود لها. وذلك لأن النص على أن يتم تعيين المحكم الوحيد بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية القصد منه مواجهة حالة تقاعس أحد الطرفين عن تعيين محكمه أو حالة عدم اتفاق الطرفين على تعيين المحكم الوحيد. والمساهمة فى تشكيل محكمة التحكيم. ولا يمكن بأى حال من الأحوال أن يستفاد منه رغبة الأطراف على أن يتم هذا التحكيم تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة ومن ثم خضوعه للقانون الدولى العام.

إن القول بغير ذلك معناه أن مجرد النص على أن يتم تعيين المحكم الثانى بدلا من الطرف الممتنع عن تعيين محكمة أو تعيين المحكم الثالث فى حالة إخفاق المحكمين المعينين من قبل الطرفين فى تعيينه، بواسطة رئيس المحكمة الفيدرالية السويسرية مثلا، يفيد رغبة الأطراف فى إخضاع التحكيم للقانون السويسرى. وهو ما لا يمكن التسليم به على إطلاقه.

وأخيرا فإن من الأحكام التى سارت فى نفس الاتجاه حكم التحكيم الصادر فى قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية وهو ما سنعرض له الآن.

٣ - حكم التحكيم الصادر فى ١٢ أبريل فى قضية ليامكو «LIAMCO» ضد الحكومة الليبية:

لقد مضت الإشارة إلى أن هذاالحكم قد صدر فى جنيف بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ محمصانى MAHMASSANI اللبنانى الجنسية فى النزاع الذى نشأ بين الحكومة الليبية والشركة الأمريكية ليامكو على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم أموال وممتلكات وحقوق هذه الشركة(١).

---

(١) انظر ما سبق، ص ١٢١ ومابعدها.

وفى هذه القضية، أوضح المحكم أن شرط التحكيم المنصوص عليه فى المادة (٢٨/٥-٦) من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية وشركة ليامكو ينص على أن يتم تحديد مقر التحكيم والاجراءات واجبة الاتباع بواسطة محكمة التحكيم وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الشأن.

وإعمالا لهذا الشرط، ونظرا لعدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن تحديد مقر التحكيم والاجراءات واجبة الاتباع، قررت محكمةالتحكيم فى حكمها التمهيدى الصادر فى ٩ يونيه عام ١٩٧٥ أن «مدينة جنيف هى المقر الرسمى للتحكيم، هذا مع إمكانية عقد جلسات فرعية فى مكان آخر لو قرر المحكم أن ذلك ضرورى».

وفيما يتعلق بالإجراءات واجبة الاتباع، قرر المحكم الاهتداء بقدر الإمكان بالمبادىء العامة الواردة فى مشروع الاتفاق بشأن إجراءات التحكيم والمعد بواسطة لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولى عام ١٩٥٨. ولقد أوضح المحكم أن هذا المبدأ كان معتمدا من قبل العديد من الاتفاقيات الدولية والتى من أهمها اتفاقية البنك الدولى للإنشاء والتعمير لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ (المادة ٤٤)، والمعاهدة السويسرية بشأن التحكيم لسنة ١٩٦٩ (المادة ٢٤). كما ذكر أن هذا المبدأ كان متبعا فى العديد من قضايا التحكيم مثل تحكيم أرامكو ضد السعودية، وتحكيم سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك»(١).

وقد علق بعض الفقهاء(٢) على هذا الحكم بالقول بأن هذا الحكم يبدو الأكثر واقعية والأكثر توافقا مع روح التحكيم الدولى فى مسائل القانون الخاص، حيث تمسك المحكم بسلطان الإرادة، وبأحد مبادىء القانون الدولى، والمقرر بصفة خاصة من قبل اتفاقية البنك الدولى لتسوية منازعات

(١) راجع الحكم: Rev. Arb., 1980, P. 147.

(٢) راجع: LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., PP. 271 - 272, N° 468.

الاستثمار عام ١٩٦٥، والذى مفاده أنه فى حالة عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف، يحدد المحكم القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم استقلالا عن قانون الدولة مقر التحكيم. فالمحكم بعد أن حدد مقر التحكيم فى مدينة جنيف بسويسرا، قرر الاهتداء بالمبادىء العامة الواردة فى مشروع الاتفاق بشأن إجراءات التحكيم المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولى عام ١٩٥٨.

ويرى هؤلاء أن هذا الحل الذى يتمشى مع الواقع التحكيمى السائد يجب التصديق عليه. وفى الأحوال التى يحدد فيها مقر التحكيم بطريق الصدفة، وهو الوضع الغالب، فإنه من المنطقى ألا يكون لهذا التوطين سوى تأثير ضعيف على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

كما ذهب البعض الآخر(١) إلى القول بأن هذا الحكم يعد على جانب كبير من الأهمية من ناحيتين: فمن ناحية أولى فإن هذا الحكم يندرج ضمن التوجه العام السائد فى مسائل التحكيم الدولى والذى يعمل على استقلال إجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطنى. ومن ناحية أخرى، فإن هذا الحكم لم يلجأ إلى التبريرات المصطنعة من أجل إخضاع التحكيم للقانون الدولى العام.

---

(١) انظر:

LEDUCQ (X.), Op. Cit., PP. 401 - 402, Nº 678.

حيث يذكر أن:

«Cette décision est intéressante à un double titre: d'une part, elle s'inscrit dans l'orientation générale en matière d'arbitrage international qui est de procéder à un détachement par rapport à toute loi étatique; d'autre part, elle ne se pert pas dans des justifications artificielles afin de soumettre l'arbitrage au droit des gens».

ونرى - مع بعض الفقهاء(١) - أن هذا الحكم غير واضح وينطوى على شىء من اللبس والغموض Confusions، حيث ذكر المحكم على صعيد واحد حكم التحكيم الصادر فى قضية أرامكو ضد السعودية، وحكم التحكيم الصادر فى قضية سافير ضد الشركة الوطنية الايرانية، وذلك على الرغم من اختلاف الحلول التى أخذ بها كل منهما فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم. ففى حين أن حكم تحكيم أرامكو أخضع إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام، فإن حكم تحكيم سافير أخضع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم على نحو ما سنرى بعد قليل.

ثانيا: أحكام التحكيم التى أخضعت إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

من أحكام التحكيم التى أخذت بهذا الحل يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر فى ١٥ مارس عام ١٩٦٢ فى قضية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، وحكم التحكيم الصادر فى ١٠ أكتوبر عام ١٩٧٢ فى قضية B_P ضد الحكومة الليبية، وحكم التحكيم التمهيدى الصادر فى ١٤ يناير عام ١٩٨٢ فى قضية ELF _ Aquitaine ضد الشركة الوطنية الايرانية، وحكم التحكيم الصادر فى ٢٤ مارس عام ١٩٨٢ فى قضية أمينوئيل ضد الحكومة الكويتية ونعرض لهذه الأحكام تباعا.

١ - حكم التحكيم الصادر فى ١٥ مارس عام ١٩٦٣ فى قضية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول(٢):

يعتبر من أوائل أحكام التحكيم وأبرزها والتى أخضعت إجراءات

---

(١) انظر:
LALIVE (J.F.), Contrats entre États Ou entreprises étatiques et personnes privées, Recueil des cours, 1983, PP. 91 - 91.

(٢) راجع فى هذا الحكم:
LALIVE (J-F.), Un récent arbitrage suisse .... Op. Cit . P. 273.

التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم حكم التحكيم الصادر فى ١٥ مارس عام ١٩٦٣ فى قضية الشركة الكندية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول. ونظرا لأنه لم يسبق لنا التعرض لوقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم، فسوف نعرض لها بشىء من الإيجاز.

تتلخص وقائع النزاع الخاصة بهذا الحكم فى أنه فى ٢٦ يونيه عام ١٩٥٨ أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) عقدا للبحث عن البترول وانتاجه واستغلاله مع الشركة الكندية للبترول سافير Sapphire، وتم التصديق على هذا العقد من قبل شاه إيران فى ٢٢ يوليو عام ١٩٥٨ طبقا للقانون الإيرانى للبترول الصادر فى ٣١ يوليو عام ١٩٥٧.

وفى ٢٥ أغسطس عام ١٩٥٨ تنازلت شركة سافير الطرف فى العقد عن حقوقها والتزاماتها إلى شركة سافير الدولية للبترول باعتبارها أحد الفروع التابعة لها، وذلك إعمالا للمادة (٣٦) من العقد والتى تجيز لشركة سافير الطرف فى العقد بأن تتنازل عن كل أو جزء من حقوقها والتزاماتها الناتجة عن العقد إلى أى شركة أخرى تخضع لرقابتها.

وفى ٢٤ يناير عام ١٩٦١، قامت الشركة الايرانية للبترول بفسخ العقد نظرا لعدم استطاعة شركة سافير الدولية بالوفاء بالتزاماتها المنصوص عليها فى العقد. وعلى أثر ذلك، طلبت الشركة سافير من الشركة الإيرانية اللجوء إلى التحكيم، وعينت محكما لها ودعت هذه الأخيرة إلى تعيين محكم لها، وذلك إعمالا للمادة (٤١) من العقد المبرم بينهما.

رفضت الشركة الإيرانية تعيين محكم لها متمسكة فى ذلك بأن شركة سافير قد تنازلت عن حقوقها إلى شركة سافير الدولية، ومن ثم فإن هذه الأخيرة وحدها هى التى لها الصفة فى التمسك بالعقد وخصوصا شرط التحكيم الوارد فيه.

وفى ١٠ يناير عام ١٩٦١، طلبت شركة سافير الدولية من رئيس المحكمة الفيدرالية بسويسرا تعيين محكم وحيد للفصل فى النزاع، وذلك

إعمالا للمادة ٤١ من العقد المبرم بين الطرفين. وبموجب القرار الصادر فى ٢١ يناير عام ١٩٦١ قام رئيس المحكمة الفيدرالية المذكورة بتعيين القاضى الفيدرالى CAVIN كمحكم وحيد للفصل فى النزاع. واستمر المحكم فى إجراءات التحكيم رغم امتناع الشركة الإيرانية عن المشاركة فى إجراءات التحكيم(١). وكان من بين المسائل التى واجهت المحكم مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وفى هذه القضية لم يكن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم محددا من قبل الطرفين. وبناء عليه وإعمالا للمادة (٤١) من العقد المبرم بين الطرفين فإن المحكم هو الذى يتولى القيام بهذه المهمة. وبالفعل قام المحكم CAVIN بتحديد مقر التحكيم والاجراءات واجبة الاتباع بموجب القرار الذى أصدره فى ١٢ يونيه عام ١٩٦١. ولقد حدد المحكم لوزان Lausanne بسويسرا مقرا للتحكيم، كما حدد قانون الدولة مقر التحكيم، أى القانون السويسرى، كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ولقد برر المحكم ذلك بقوله أن الأطراف قد أعربوا، فى العقد المبرم بينهم، عن رغبتهم بدون لبس وغموض فى الحصول على حكم تحكيم يفصل فى المنازعات المحتملة التى تثور بينهم بشأن تفسير وتنفيذ العقد. ويتضح الطابع القضائى للتحكيم من اتفاق الأطراف على أن أى نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد يتم عرضه على لجنة توفيق Conciliation لكى تجد له حلا وديا Amiable وذلك قبل عرضه على محكمة تحكيم للفصل فيه. كما أن شرط التحكيم الوارد فى المادة (٤١) من العقد قد تضمن بشكل محدد تنظيما حقيقيا للاجراءات ذا طابع قضائى. حيث حدد هذا الشرط بعناية كيفية تشكيل محكمة التحكيم. كما نص على أن يضع الأطراف، أو المحكمين فى حالة تخلفهم، إجراءات التحكيم. كما فرض على الأطراف

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل: Ibid. P. 274 etss.

واجب التعاون والمساهمة فى إجراءات التحكيم، والحصول على الأدلة. كما نظم هذا الشرط مسألة النفقات والتكاليف ونص على إجراءات تفسير حكم التحكيم. كما بين كيفية تحديد مقر التحكيم، وهو عنصر ضرورى فى العمل القضائى.

وتقتضى السلطة القضائية الممنوحة للمحكم بالضرورة أن يخضع التحكيم لقانون إجرائى وطنى ولرقابة سلطة وطنية عليا، أى للسيادة القضائية لدولة معينة.

ولما كان من الثابت فى الفقه والقضاء أن للأطراف الحق فى توطين التحكيم Domicilier، أى اختيار قانون الإجراءات واجب التطبيق على التحكيم، أوضح المحكم أنه فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فإن من حقه هو، طبقا للعقد، تحديد مقر التحكيم، ويكون قانون دول المقر هو الواجب التطبيق. ولقد حدد القرار الصادر من المحكم فى ١٢ يونيه عام ١٩٦١ القواعد الاجرائية واجبة الاتباع، فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على تطبيق القانون الفيدرالى للمرافعات المدنية الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧(١).

٢ - حكم التحكيم الصادر في ١٠ أكتوبر عام ١٩٧٣ في قضية B.P. ضد الحكومة الليبية(٢):

صدر هذا الحكم فى كوبنهاجن بالدنمارك بواسطة المحكم LAGERGREN فى النزاع الذى نشأ بين الحكومة الليبية والشركة

---

(١) انظر: Ibid, PP. 283 - 284.

(٢) انظر أجزاء من الحكم منشورة فى: Rev. Ab., 1980, P. 117. وفى التعليق عليه راجع:

LALIVE (J.F.), Contrats entre ... Op. Cit., P. 83 etSS.

البريطانية للبترول «British petroleum» على أثر قيام الحكومة الليبية بتأميم أموال هذه الشركة في ٧ ديسمبر عام ١٩٧١. ولقد تم تعيين هذا المحكم كمحكم وحيد للفصل في النزاع من قبل رئيس محكمة العدل الدولية بعد أن امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكم لها ورفضت المشاركة في إجراءات التحكيم، وذلك إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين. وكان من بين المسائل التي واجهت محكمة التحكيم مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وفي هذا الصدد أوضح المحكم أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم سيكون محددا منذ البداية. ثم تساءل المحكم عما إذا كانت إجراءات التحكيم تكون محكومة بالقانون الدولي أو أية قواعد قانونية أخرى لا تنتمي إلى نظام قانوني داخلي، وذلك باعتبار أن أحد طرفي التحكيم دولة ذات سيادة.

وبعد أن عرض المحكم للحل الذي أخذ به حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو والحجج التي استند عليها، رفض أن يشارك هذا الأخير في حجته التي مفادها أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم يعد بمثابة إعتداء على الحصانة القضائية للدولة الطرف في التحكيم، موضحا أنه في الحدود التي يسمح بها القانون الدولي فإن السلطة القضائية أو التنفيذية، في كل اقليم، تفرض في الواقع وفي القانون En Fait et en droit قيودا على الحصانة التي تتمتع بها الدول الأخرى.

كما أوضح المحكم أنه بالنص على اللجوء إلى التحكيم كآلية وحيدة دون غيرها لحل المنازعات التعاقدية فإنه يجب افتراض أن الأطراف، حتى وإن كان أحدهم دولة، كان لديهم النية في إيجاد وسيلة فعالة. كما أن فعالية حكم التحكيم عديم الجنسية Sans Nationalité - وهو الأمر الذي يتحقق عندما يكون القانون الدولي هو القانون واجب التطبيق على إجراءات

التحكيم - تكون أضعف بكثير من فعالية حكم التحكيم المبنى على قانون إجراءات لنظام قانونى وطنى معين. زد على ذلك، حتى وإن كان المحكمون لهم السلطة الكاملة فى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة التحكيم الحالية. فإنه من المناسب والمفيد إسناد إجراءات التحكيم إلى نظام قانونى معين.

ولقد حدد المحكم مقر التحكيم فى كوبنهاجن بالدنمارك. وبناء على الأسباب التى تقدم ذكرها ونظرا للحرية الكبيرة والاستقلال الذى تتمتع بهما محاكم التحكيم التى تفصل طبقا لقانون الدنمارك، قدر المحكم أن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو القانون الدنماركى(١).

وأخيرا، أوضح المحكم أن هذا الحل يتفق مع ما يجرى عليه العمل فى التحكيم بين الدول والأشخاص الأجنبية. إذ أن المحكم PYTHON فى قضية ALSING، والمحكم CANIN فى قضية سافير تمسكا بأن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون الدولة مقر التحكيم. فالمحكم PYTHON استند على المادة الثانية من بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣ والتى تنص على إخضاع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف وقانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم. فإعمالا لهذه القاعدة الأخيرة فإن قانون المرافعات المدنية لمقاطعة فود Vaud هو الذى يطبق. إذ أن المحكم قد حدد مدينة لوزان مقرا للتحكيم. ومع ذلك، فإن القانون المحلى يطبق فقط بصفة احتياطية فى حالة عدم وجود قواعد موضوعة بواسطة الأطراف أو المحكمين المعينين من قبلهم، وذلك إعمالا للمادة الثانية من البروتوكول؛ وبناء عليه قرر المحكم أن القواعد الاجرائية المتفق عليها من قبل الأطراف تكون واجبة التطبيق. كما يطبق القانون الفيدرالى للمرافعات المدنية السويسرى على المسائل التى لم تكن محل تنظيم من قبل الأطراف. كما أخذ بهذا الحل أيضا القاضى CAVIN فى قضية سافير(٢). على نحو ما رأينا.

---

(١) انظر الحكم فى: Rev. Arb., 1980, PP. 118 - 119.

(٢) انظر: Ibid, PP. 119 - 120.

٣ - حكم التحكيم التمهيدى الصادر فى قضية ELF_Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول:

لقد مضت الإشارة إلى أن هذا الحكم قد صدر فى كوبنهاجن بالدنمارك فى ١٤ يناير عام ١٩٨٢ فى النزاع الذى نشأ بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول «نيوك» والشركة الفرنسية ELF_ Aquitaine وذلك على أثر صدور قرار من اللجنة الخاصة المشكلة طبقا للقانون الإيرانى ذى المادة الواحدة الصادر فى ٨ يناير عام ١٩٨٠، باعتبار العقد المبرم بين الطرفين باطلا وكأن لم يكن Nulle et non avenue لمخالفته لأحكام قانون تأميم البترول الإيرانى لعام ١٩٥١(١).

وفيما يتعلق بالاجراءات واجبة الاتباع، أوضح المحكم GOMARD أن المادة (٤١/٥) من العقد المبرم بين الطرفين تنص على أن يحدد الطرفان مقر وإجراءات التحكيم. وفى الحالة التى لا يتوصل فيها الطرفان إلى اتفاق فى هذا الشأن، يحدد مقر التحكيم وإجراءات التحكيم بواسطة المحكم الثالث أو المحكم الوحيد، حسب الأحوال.

وإعمالا لهذا النص، قام المحكم بتحديد مقر التحكيم فى كوبنهاجن بالدنمارك، كما قرر أن القانون الدنماركى هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم(٢).

---

(١) انظر ما سبق، ص ٢١٤ ومابعدها.

(٢) راجع الحكم:

Rev. Arb., 1984, P. 407, N° 9.

إذ يذكر:

«Du fait que les parties n'étaient pas parvenues à un accord sur le lieu et la procedure de l'arbitrage, l'arbitre unique, agissant en vertu de l'article 41, section 5 de la convention notifia aux parties le 29 Mai 1981 qu' il avait décidé que le lieu de l'arbitrage serait copenhague, danemark; que le droit applicable à la procedure serait le droit danois».

٤ - حكم التحكيم الصادر فى قضية أمينوئيل Aminoil ضد الحكومة الكويتية:

لقد مضت الإشارة إلى أن هذا الحكم قد صدر فى باريس فى ٢٤ مارس عام ١٩٨٢ فى النزاع الذى نشأ بين حكومة الكويت والشركة الأمريكية Aminoil على أثر قيام الحكومة الكويتية بتأميم أموال وممتلكات الشركة المذكورة عام ١٩٧٧(١).

وقد أوضحت محكمة التحكيم أن الطرفين قد تناولا مسألة القانون واجب التطبيق فى اتفاق التحكيم المبرم بينهما فى ٢٢ يوليو عام ١٩٧٩، وأنهما قد فرقا فى هذا الصدد بين القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم وذلك الذى يحكم موضوع النزاع.

وفيما يتعلق بالاجراءات، أكدت محكمة التحكيم أنه من غير المتنازع فيه أن الطرفين قد اختارا النظام القانونى الفرنسى كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث تنص المادة (٤/١) من اتفاق التحكيم على خضوع إجراءات التحكيم للنصوص الآمرة فى قانون المرافعات فى الدولة مقر التحكيم، أى القانون الفرنسى.

بيد أن محكمة التحكيم قد أوضحت أن ذلك لا يعنى بأى حال من الأحوال أن إجراءات التحكيم تخضع خضوعا كاملا لقانون الدولة مقر التحكيم، أى القانون الفرنسى. إذ أن الطرفين قد نصا فى اتفاق التحكيم على كيفية تحديد القواعد الإجرائية الأساسية مانحين محكمة التحكيم السلطة فى تحديد الاجراءات واجبة التطبيق على أساس العدالة الطبيعية La Justice Naturelle ومبادىء إجراءات التحكيم عبر الدولية التى ترى أنها واجبة التطبيق وهو ما فعلته المحكمة عند تحديدها للقواعد الاجرائية التى تبنتها فى ١٦ يوليو عام ١٩٨٠. ثم أوضحت المحكمة

---

(١) انظر ما سبق، ص ١٢٧ وما بعدها.

الحرية الكبيرة التى يمنحها القانون الفرنسى للأطراف والمحكمين فى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم(١).

مجمل القول أن المحكمة قد قررت أن القانون واجب التطبيق على الاجراءات هو القانون الفرنسى باعتباره قانون الدولة مقر التحكيم. وذلك بالنسبة للمسائل غير المنظمة فى اتفاق التحكيم أو القواعد الإجرائية المنشأة بواسطة محكمة التحكيم فى ١٦ يوليو عام ١٩٨٠(٢).

نخلص من ذلك كله إلى أن المحكمين يفضلون إخضاع إجراءات التحكيم لنظام قانونى معين، ولا يتركون هذه المسألة لتقديرهم الشخصى.

رأينا الخاص:

لما كان نظام التحكيم بأكمله يقوم أساسا على إرادة الأطراف فإنه لا يسعنا فى هذا المقام إلا أن نتفق مع الاتجاه السائد الذى يقضى بخضوع اجراءات التحكيم لإرادة الأطراف فى المقام الأول. فالقانون أو القواعد الاجرائية التى يتفق عليها الأطراف هى التى تكون واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم. كما أننا نتفق مع الاتجاه السائد فى منح الأطراف حرية كبيرة فى اختيار هذا القانون أو تلك القواعد بحيث يجوز لهم أن يصيغوا بأنفسهم - فى اتفاق التحكيم - القواعد الاجرائية واجبة الاتباع، أو أن يتفقوا على تطبيق القواعد الإجرائية النافذة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة أو أن يحددوا قانونا وطنيا معينا ليكون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

بيد أنه لا ينبغى أن يفهم من ذلك أننا نؤيد الرأى الذى ذهب إلى

---

(١) انظر موجز للحكم:

CLUNET, 1982, PP. 871 - 872.

وانظر أيضا:

LALIVE (J. F.), Contrats entre ..., Op. Cit., PP. 148 - 149.

(٢) انظر.

BURDEAU (G.), Droit international ..., Op. Cit., P. 460.

حد القول بإمكانية استقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وخضوعها لقواعد اجرائية غير وطنية. إذ أننا نجد صعوبة فى قبول هذا الرأى وذلك للعديد من الأسباب:

١ - أنه من الصعب، إن لم يكن من المستحيل، أن يستوعب اتفاق الأطراف كل المسائل الاجرائية التى يمكن أن تثور أثناء سير خصومة التحكيم. فالذى يحدث فى الواقع العملى - على نحو ما رأينا عند دراسة الممارسة التعاقدية - أن الأطراف يكتفون بالنص على بعض القواعد الاجرائية الأساسية مثل كيفية بدء إجراءات التحكيم، وكيفية تشكيل محكمة التحكيم، وكيفية تذليل الصعوبات التى تعترض تشكيلها، وتحديد مكان التحكيم أو بيان كيفية تحديده. ثم بعد ذلك إما أن يتفق الأطراف على اختيار قانون وطنى معين ليحكم إجراءات التحكيم أو يفوضوا المحكمين فى القيام بهذه المهمة(١).

٢ - إن المحكمين يفضلون عدم ترك اجراءات التحكيم لمحض إرادتهم، ويلجأون إلى تطبيق نظام قانونى معين، ليحكم اجراءات التحكيم، وذلك على نحو ما رأينا عند دراسة أحكام التحكيم. زد على ذلك أنه على الرغم من أن المادة (١١) من لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية تعطى للأطراف، وكذلك للمحكمين، الحرية الكاملة فى تنظيم إجراءات التحكيم، إلا أن المحكمين غالبا ما يلجأون إلى تطبيق قانون وطنى معين، وخصوصا قانون الدولة مقر التحكيم(٢).

٣ - إن القول باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وخضوعها فقط لإرادة الأطراف، والمحكمين على سبيل الاحتياط، فى غاية الخطورة. وهو ما عبر عنه أحد أنصار هذا الاتجاه(٣) بقوله: «أنه من

---

(١) فى نفس المعنى تقريبا انظر:

BOISSESON (M.), Le droit Français _ Op. Cit., P. 658.

(٢) انظر أحكام التحكيم المشار إليها فى الهامش رقم (٢)، ص ٥٠٥.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'autonomie ..., Op. Cit., P. 104.

غير المقبول أن تعتمد إجراءات التحكيم على قواعد ذات مصدر خاص فقط. فهذه القواعد قد تكون مفروضة من قبل متعاقد أكثر قوة أو من محكم أو جهاز تحكيمى منحاز وتصطدم مع أبسط قواعد العدالة. وبالتالى يجب توفير الحد الأدنى من الضمانات للأطراف حتى يمكنهم التمسك بادعاءاتهم بحرية وعلى قدم المساواة».

٤ - إن القوانين الوطنية غالبا ما تشتمل على قواعد آمرة يتعين على الأطراف، وبالتالى المحكمين، مراعاتها وإلا كان حكم التحكيم باطلا أو غير قابل للتنفيذ. ولعل هذا السبب هو ما دفع بعض الفقهاء(١) - على نحو ما رأينا - إلى القول بأن كل تحكيم يجب أن يستند بالضرورة إلى قانون وطنى معين. بل ولعل هذا السبب هو ما دفع أيضا البعض الآخر(٢) إلى القول بأنه يجب على المحكمين الاهتمام بمتطلبات قانون الدولة مقر التحكيم، ليس لأن هذا القانون هو الذى يحكم إجراءات التحكيم باعتباره القانون واجب التطبيق، بل لأنه فى معظم القوانين الوطنية فإن قانون الدولة مقر التحكيم هو الذى ينظم طرق الطعن فى حكم التحكيم. ومخالفة بعض المبادىء الاجرانية تمثل حالة من حالات الطعن. وأن هذا المفهوم مقرر اليوم من قبل العديد من التشريعات الوطنية. فعلى سبيل المثال، فإن المادة

- حيث يذكر أن:

«On ne peut admettre que la procedure arbitrale dépende exclusivement de règles d'origine privée; Celles - ci peuvent, en réalité, être imposées par un contractant plus fort, par un arbitre ou par une institution partiale, et heurter le sens le plus élémentaire de la justice. Un minimum de garanties doit être assure aux deux parties pour faire valoir leurs prétentions librement et sur un pied de relative égalité».

(١) انظر ما سبق، ص ٤٦٧ هامش رقم (٢).

(٢) انظر:

GAILLARD (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J-CL, Dr. int., fasc. 586-8-1, N⁰ 22.

١٦٩٣ من قانون القضاء البلجيكى لا تسمح للأطراف بتحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم إلا مع مراعاة أحكام المادة ١٦٩٤ من هذا القانون والتى تنص على احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة ومبدأ المساواة بين الأطراف فى خصومة التحكيم. كما أن المادة ١٠٢٦ من القانون الإيرلندى قبل أن تنص على حرية الأطراف فى اختيار القواعد الاجرائية واجبة التطبيق، نصت على مراعاة أحكام الباب المخصص للتحكيم والذى تضمن النص على مبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ المواجهة، والعديد من القواعد الاجرائية المتعلقة بالشهادة والخبرة وتقديم المستندات وقواعد الإثبات.

كما أننا لا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء - وكذلك بعض أحكام التحكيم - من القول بإخضاع إجراءات التحكيم لقواعد القانون الدولى العام. ونرى مع جانب من الفقه(١) أن تبقى قواعد القانون الدولى العام محجوزة للعلاقات فيما بين الدول أما المعاملات الاقتصادية والتجارية فيجب أن تبقى فى إطار القانون الدولى الخاص حتى ولو كان أحد أطرافها من الدول، وذلك للعديد من الأسباب:

١ - إن إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام معناه اعتبار الشركة الخاصة المتعاقدة مع الدولة شخصا من أشخاص القانون الدولى وهو ما لا يمكن قبوله(٢).

٢ - إن القانون الدولى العام لا يتضمن قواعد إجرائية تكفى لحكم المنازعات الناشئة عن المعاملات التى تدخل فى إطار القانون الدولى الخاص(٣).

٣ - إننا نتخوف من أن يكون القصد من إخضاع إجراءات التحكيم

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٤١.
(٢) انظر: ZAHI (A.), Op. Cit., P. 322.
(٣) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٤١.

للقانون الدولى العام ليس فقط التهرب من قانون الدولة الطرف فى العقد، على نحو ما ذهب جانب من الفقه(١)، بل أيضا الوصول بذلك إلى اعتبار هذا التحكيم تحكيما دوليا بالمعنى الدقيق، وبالتالى اعتبار حكم التحكيم على أنه حكم دولى يخضع فى تنفيذه لقواعد القانون الدولى العام. وهذا الأمر غاية فى الخطورة فى ظل الوضع الدولى الراهن، ذلك لأن اعتبار حكم التحكيم بمثابة حكم تحكيم دولى بمعنى الكلمة ربما يؤدى فى نهاية الأمر إلى اللجوء إلى منظمة الأمم المتحدة لإجبار الدولة على تنفيذ حكم التحكيم الصادر ضدها وتمتنع عن تنفيذه، وذلك عن طريق استصدار قرارات من مجلس الأمن بتوقيع العقوبات الاقتصادية مثلا أو اللجوء إلى استخدام القوة أو أن عدم امتثالها لحكم التحكيم يهددها بعواقب وخيمة ... الخ.

كما أننا لا نتفق مع الاتجاه السائد والذى يعطى للمحكمين سلطة تحديد القانون أو القواعد الاجرائية واجبة التطبيق فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف فى هذا الصدد، اللهم إلا إذا فوض الأطراف أنفسهم المحكمين فى القيام بهذه المهمة.

ونرى أنه فى حالة غياب القانون أو القواعد الإجرائية المختارة بواسطة الأطراف أو وجود نقص فيها، يتعين تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم وذلك لأن هذا الحل قد أخذت به اتفاقية دولية جماعية إنضمت إليها معظم دول العالم وهى اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لعام ١٩٥٨، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذا الحل يوفر الأمان القانونى لأطراف التحكيم، حيث يكون النظام الإجرائى واجب التطبيق معروفا لديهم منذ البداية.

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٤١. حيث يذكر أن موغالبا ما يخفى اخراج هذه العلاقات من مجال القانون الدولى الخاص وادخالها فى القانون الدولى العام تحقيق نتيجة معينة وهى غالبا ما تكون التهرب من قانون الدولة الطرف فى العلاقة. ويبدو هذا واضحا فى تحكيم الاستاذ دبوى الذى استند لتحقيق هذا الفرض إلى حصانة الدولة التى تقتضى عدم خضوعها لقانون دولة أخرى، إلا أنه نزع مضمون هذه الحجة حينما لم يرتب على تمتع الدولة بحصانتها خضوعها لقانونها الداخلى، وإنما رتب على ذلك خضوعها لأحكام القانون الدولى العام».

الفصل الثانى

القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

تمهيد وتقسيم:

تعتبر مسألة القانون واجب التطبيق على العقود بصفة عامة من المسائل الصعبة والشائكة فى القانون الدولى الخاص. وتزداد هذه الصعوبة عندما تثور هذه المسألة أمام المحكم. حيث أنه من المعروف أن المحكم ليس له قانون اختصاص (أو ما يسمى بقانون القاضى Lex Fori) يحدد على أساسه القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه. بل إن هذه المسألة تصبح أكثر صعوبة وتعقيدا عندما يكون أحد طرفى العقد دولة ذات سيادة أو أحد الأجهزة التابعة لها، كما هو الشأن بالنسبة لعقد البترول محل الدراسة. إذ أن الدولة أو الجهاز العام التابع لها، ينفر من إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونه الوطنى، وخصوصا قانون الدولة التى تنتمى إليها الشركة الخاصة الطرف فى العقد. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة تسعى جاهدة إلى استبعاد تطبيق القانون الوطنى للدولة (أو الجهاز العام) الطرف فى العقد، إذ أن تطبيق قانون هذه الدولة يمكنها من المساس بالتزاماتها التعاقدية، وذلك عن طريق تغيير قانونها بما يحقق مصالحها ويضر بالتالى بالشركة المتعاقدة معها.

وينبغى لدراسة هذه المسألة أن نعرض أولا للاتجاهات السائدة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بصفة عامة ومدى انطباقها على عقود البترول. وبعد ذلك نعرض لأهم الحلول التى قال بها الفقه بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول المبرمة بواسطة الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، ثم نعرض أخيرا لموقف أحكام التحكيم والممارسة التعاقدية فى هذا الشأن. وفى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول: ونعرض فيه للاتجاهات السائدة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بصفة عامة ومدى انطباقها على عقود البترول.

المبحث الثاني: ونعرض فيه للحلول المختلفة التى قال بها الفقه بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول.

المبحث الثالث: ونعرض فيه لموقف أحكام التحكيم والممارسة التعاقدية، ثم نذكر رأينا الخاص.

المبحث الأول

الاتجاهات السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ومدى انطباقها على عقود البترول

من المسلم به فى مجال المعاملات الدولية الخاصة أن للأطراف المتعاقدة الحق فى اختيار القانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية. وأنه فى الحالة التى يختار فيها الأطراف قانونا معينا ليحكم عقدهم، فإن على المحكمة المعروض عليها نزاع يتعلق بهذا العقد أن تلتزم بتطبيق هذا القانون المختار. طالما أن ذلك لا يتعارض مع النظام العام فى الدولة ذات الشأن أو غير مشوب بالغش نحو القانون الذى كان من المفروض أن يحكم العقد(١).

فالدراسة المقارنة لقواعد تنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص، فى الغالبية العظمى من الدول، تكشف فى الحال عن وجود اتفاق بينها فيما

---

(١) انظر:

LEW (J.D.M.) La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, le contrat économique international, travaux des V11[es] Journées d'études juridiques, Jean - Dabin, Paris, Pédone, 1975, P. 152, N° 2.

راجع أيضا د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٢٩ ومابعدها، بند ٧٧.

يتعلق بالقانون واجب التطبيق على العقود والالتزامات الناشئة عنها. حيث أن هذه القواعد تعطى الأولوية لإرادة الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية(١).

بيد أن السؤال الذى يثور هو هل مبدأ استقلال الإرادة المعمول به أمام المحاكم القضائية فى مسائل العقود بصفة عامة، معمول به أيضا أمام المحكمين فى إطار التحكيم الدولى الخاص؟

بالاطلاع على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والتشريعات الوطنية الحديثة، وكذلك أحكام التحكيم، نجد أنها تأخذ جميعا بمبدأ استقلال الارادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وفى حالة غياب قانون الارادة المستقلة، تعطى سلطة تحديد هذا القانون للمحكمين أنفسهم.

ونعرض أولا لقانون الارادة المستقلة، ثم نعرض بعد ذلك لسلطة المحكمين فى تحديد القانون واجب التطبيق فى حالة غياب قانون الإرادة، وذلك كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

خضوع العقد لقانون الإرادة المستقلة

يعتبر خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف مبدأ مسلما به فى مجال التحكيم الدولى الخاص. فقد أخذت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. من ذلك يمكن أن نذكر الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ والتى نصت فى المادة (٧) منها على أنه «١- للأطراف حرية تحديد القانون الذى يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع ...».

---

(١) انظر:

GIULIANO (M.), La loi applicable aux contrats, Problèmes choisis, Recueil des cours, 1977, P. 192 etSS. spéc. P. 199; RIAD (F.): L'entreprise publique et ... Op. Cit., P. 636; MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 60; LEDUCQ (X.), Op. Cit., PP. 121 - 122, N° 177.

وقد ذهب رأى فى الفقه(١) إلى أن الاتفاقية الأوربية - بموجب هذا النص - قد كرست الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف، بحيث يجوز لهم اختيار أى قانون وطنى ولو لم يكن له أدنى صلة بالعقد أو على وجه التحديد بموضوع النزاع.

كما ذهب رأى آخر(٢) إلى أن استخدام النص لاصطلاح «Le droit» بدلا من اصطلاح «La loi» يعبر عن إرادة واضعى الاتفاقية فى الاعتراف للأطراف ليس فقط باختيار قانون وطنى، بل أيضا القواعد المهنية والعادات أو المبادىء المشتركة فى قانون التجارة الدولية.

كما أخذت بنفس المبدأ قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. فقد نصت المادة (٢٨) من القانون النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٨٥، على أن «١- تفصل محكمة التحكيم فى النزاع طبقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأى اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانونى يجب أن يؤخذ على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، مالم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك».

وكما هو واضح من النص، فإن القانون النموذجى قد أخذ فى المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القواعد القانونية واجب التطبيق على موضوع النزاع. ولكن يلاحظ على هذا النص من ناحية أنه قد حظر اللجوء إلى الإحالة. وعلى هذا فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعنى

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 357. N° 538.

(٢) انظر:

GOLDMAN (B.), Arbitrage ... Dalloz, Dr. int., P. 131, N° 237.

وجوب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية فى هذا القانون وليس لقواعد الاسناد فيه(١). ومن ناحية أخرى إن النص قد استخدم اصطلاح «القواعد القانونية» وليس اصطلاح «القانون» وهو ما دعى بعض الفقهاء(٢) إلى القول بأن هذا النص يعطى للأطراف مكنة اختيار قواعد قانونية غير وطنية مثل المبادىء العامة للقانون أو القواعد المشتركة فى الأنظمة القانونية للأطراف المتعاقدة.

كما أخذت بنفس المبدأ قواعد التحكيم التى وضعتها نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٧٦، إذ تنص المادة (٣٣) منها على أن «تطبق محكمة التحكيم القانون المختار بواسطة الأطراف بوصفه القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ...» كذلك الأمر بالنسبة لقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. فقد نصت المادة ١/١٣ من هذه القواعد على أن « للأطراف الحرية فى تحديد القانون الذى يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع ....». وكذلك الأمر أيضا بالنسبة لقواعد التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم ابتداء من أول مايو سنة ١٩٩٢، فقد نصت المادة (١/١٩) من هذه القواعد على أن «تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية المختارة بواسطة الأطراف لتحكم موضوع النزاع ...».

كما أخذت القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. ويمكن أن نذكر من ذلك القانون الفرنسى للتحكيم الدولى. فقد نصت المادة (١٤٩٦) من هذا القانون على أنه «يفصل المحكم فى النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف ....».

---

(١) انظر: د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٧٢ - ١٧٣.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.). La loi - type ... Op. Cit., PP. 876 - 878, N° 38.

ويرى الفقه الغالب(١) أن هذا النص، باستخدامه تعبير «القواعد القانونية» بدلا من تعبير «القانون»، يجيز للأطراف الاتفاق على حسم النزاع ليس فقط بالتطبيق لقانون وطنى معين، بل أيضا بالتطبيق للقواعد المشتركة فى القوانين الوطنية المتصلة بموضوع النزاع أو المبادىء العامة للقانون أو القانون الدولى العام - بصفة خاصة عندما تكون الدولة طرفا فى النزاع - أو ما يسمى اليوم بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria.

ويمكن أن نذكر أيضا القانون السويسرى للتحكيم الدولى الخاص، إذ نصت المادة (١/١٨٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف ...».

فكما هو واضح من النص، لقد أخذ المشرع السويسرى فى المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع كما ألزم محكمة التحكيم بتطبيق قواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف. هذا بالإضافة إلى أن المشرع قد استخدم تعبير «قواعد القانون» بدلا من تعبير «القانون» بهدف عدم تقييد إرادة الأطراف فى اختيار قانون وطنى معين(٢).

وقد أخذ بنفس الحل القانون الإيرلندى للتحكيم، حيث نصت المادة ١٠٥٤ منه على أن «تفصل محكمة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage intrnational en France ..., Op. Cit., P. 393 etSs. N⁰ 35 etSS; LEVEL (P.), La procedure arbitrale, Op. Cit., P. 75; BELLET (P.) et MEZGER (E.), Op. Cit., PP. 630 - 631; GOLDMAN (B.), La volonté des parties ..., Op. Cit., P. 483; BOISSESON (M.), Le droit Français, ..., Op. Cit., P. 588 etSS., N⁰ 660 etSS; ROBERT (j.), Op. Cit., 1993, P. 266, N⁰ 30.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل:

LALIVE (P.), POUDRET (J.F), et REYMOND (C.), Op. Cit., P. 388 etSS.

بواسطة الأطراف». وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائرى حيث نصت المادة ٢٥٨ مكرر ١٤ من هذا القانون على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون التى اختارها الأطراف ...».

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن قانون التحكيم المصرى الحالى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قد سار فى نفس الاتجاه. فقد نصت المادة ١/٣٩ من هذا القانون على أن «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك». وكما يتضح من هذا النص لقد أخذ المشرع المصرى بالاستقلال المطلق لإرادة الأطراف فى إختيار القانون أو القواعد القانونية التى تطبق على العقد موضوع النزاع. حيث لم يقيد إرادة الأطراف بأى قيد فى هذا الخصوص، وبالتالى يجوز لهم اختيار أى قانون وطنى ولو لم يكن له أية صلة بالعقد موضوع النزاع. وفى حالة اختيار الأطراف لقانون وطنى معين، تطبق القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك(١).

ويرى جانب من الفقه(٢) أن استخدام المشرع لتعبير «القواعد» دون أن يلحقها بوصف القانونية قد قصد به عدم تقييد إرادة الأطراف فى اختيار القواعد القانونية التى تنتمى لقانون وطنى معين، بدليل أن النص قد أضاف «وإذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة ...» مما يفيد أن من حقهم أيضا الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمى للقانون الداخلى لدولة ما. كما يرى هؤلاء أنه من المتصور وفقا لهذا النص أن يتفق الأطراف على قواعد يتم اختيارها من عدة قوانين داخلية بالإضافة لما قد يتم اختياره من قواعد مستمدة من اتفاقيات دولية غير نافذة فى مصر أو عقود نموذجية جرى عليها العمل فى المجال الذى تم التعاقد فى إطاره.

---

(١) راجع: د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٧٥ ومابعدها.

(٢) انظر د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق ......، المرجع السابق، ص ٧٩٢ ومابعدها، بند ٦٩١.

ومما تجدر الإشارة إليه أن العديد من أحكام التحكيم قد اعملت مبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع. ومن ذلك يمكن أن نذكر حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥١٢ عام ١٩٧١(١). ففى هذا الحكم أكد المحكم على مبدأ استقلال الإرادة فى اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك بقوله «فى المسائل التعاقدية من الممكن الحديث عن قانون دولى خاص مشترك أو عالمى، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمعرفة القانون الذى يحكم العقد فى حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف. حيث يوجد مبدأ مسلم به عالميا فى القانون الدولى الخاص يقضى بأن القانون الذى يحكم العقد هو القانون المختار بواسطة الأطراف ... وأن الاختلافات التى يمكن أن نلاحظها بين الأنظمة الوطنية المختلفة تتعلق فقط بالقيود التى ترد على حرية الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق وليست بالمبدأ ذاته المسلم به عالميا».

ويمكن أن نذكر أيضا حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ١٥٨١ عام ١٩٧١(٢). ففى هذا الحكم، أكد المحكم على أنه «بما أن محكمة التحكيم تستمد من عقد تولية المحكمين L'acte de mission كامل سلطاتها واختصاصاتها، وبما أنها - على عكس المحكمة القضائية - ملزمة بإرادة الأطراف عندما تكون متطابقة، فإنه لا يمكنها إلا أن تعلن أن القانون الفرنسى هو الواجب التطبيق فى القضية».

مجمل القول: إن الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية وأحكام التحكيم قد أخذت فى المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

(١) راجع الحكم منشور فى: Clunet 1974, P. 904.

(٢) راجع الحكم منشور فى: Clunet, 1974, P. 887.

وفى نفس الاتجاه انظر:

Sentence CCi, Rendue dans L'affaire N° 2119, Clunet 1979, P. 997.

بيد أن السؤال الذى يثور الآن هو هل يمكن الأخذ بهذا المبدأ فى مجال العقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفا فيها، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول؟ وبعبارة أخرى هل تتمتع الدولة والأشخاص العامة بالحرية فى اختيار القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بواسطتها شأنها فى ذلك شأن الأشخاص الخاصة وفى الحدود المقررة لها؟

يرى الفقه الغالب(١) أن للدولة والأشخاص العامة، شأنها شأن أى متعاقد آخر، القدرة على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الذى تكون طرفا فيه مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية حيث لا يوجد أى اختلاف فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد حسب ما إذا كانت الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها طرفا فى العقد أم لا، فصفة الأطراف المتعاقدة ليس لها أى تأثير فى هذا الخصوص. ولا يوجد أى سبب يبرر عدم الأخذ بقاعدة استقلال الإرادة فى مجال العقود ذات الطابع الدولى التى تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها. فكما هو الشأن بالنسبة للعقود المبرمة بواسطة الأشخاص الخاصة، فإن مبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق يظل هو المبدأ الرئيسى واجب الاتباع؛ وإذا اختار الأطراف القانون الذى يحكم عقدهم، كان المحكمون ملزمين بهذا الاختيار. فالدولة ليست ملزمة عند دخولها فى علاقة تعاقدية مع شخص خاص أجنبى بتطبيق قانونها الوطنى، إنما تتمتع بحرية مساوية لتلك التى يتمتع بها الشخص الخاص فى تحديد القانون واجب التطبيق.

---

(١) انظر:

EISEMANN (F.): la situation acutelle ... Op. Cit., P. 292; LEDUCQ (X.): Op. Cit., PP. 122 - 123, N° 178; LEBOULANGER (Ph.): Op. Cit., PP. 199 etSS, N° 365 etSS, Spéc. P. 200 et 201, N° 269 et 370.; LALIVE (J.F.), Contrats entre Etats. ... Op. Cit., P. 41.

ولقد ذهب الأستاذ P.Lalive(١) فى هذا الصدد قائلا: «لماذا يكون أحد الأطراف فى العقد الدولى محروما بسبب كونه شخصا عاما من مكنة معترف بها عموما للأطراف الأخرى المتعاقدة. فكما أن للدولة أو الشخص العام السلطة فى أن يلتزم بموجب العقد، يمكننا القول بأن الدولة الطرف فى علاقة تجارية دولية يجب أن يكون لها بالضرورة سلطة الاتفاق على القانون واجب التطبيق. وإلا ستكون الدولة محرومة من الاستفادة من بعض العقود التى تقدر أنها مفيدة أو ضرورية لتنميتها الاقتصادية».

كما اعترفت اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ للدولة والأشخاص العامة عموما بالقدرة على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع الذى تكون طرفا فيه. فقد نصت المادة (١/٤٢) من هذه الاتفاقية على أنه «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف ...». وبهذا تكون الاتفاقية قد قررت وبشكل صريح أن للدولة والأشخاص العامة القدرة على اختيار القانون واجب التطبيق على التزاماتها التعاقدية، واضعة الدولة على قدم المساواة مع الأشخاص الخاصة.

---

(١) انظر:

LALIVE (P.): L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'unvestissement conclus avec des sociétés privées étrangères, colloque unidroit, Rome, 1977, P. 317, Spéc. PP. 325 - 326. «Pourquoi une partie à un contrat international serait, de par sa qualité étatique, privée d'une faculté qui est généralement reconnue aux autres contractants. de même qu'il a, et doit nécessairement avoir, le pouvoir de se lier par contrat ... de même, peut - on dire, L'État Partie à une relation de commerce international doit nécessairement pouvoir, lui aussi, convenir du droit applicable (faute de quoi, il serait singulièrement handicapé et se verrait, en Fait, privé du bénéfice de certains contrats qu'il estime avantageux, ou nécessaires à son développement économique).

بيد أن الاتفاقية لم توضح إلى أى مدى يمكن للأطراف استخدام الحرية الممنوحة لهم. وفى هذا الصدد ذهب جانب من الفقه(١) إلى أن استخدام النص لتعبير «قواعد القانون» بدلا من تعبير «القانون» يعبر عن رغبة واضعى الاتفاقية فى الاعتراف للأطراف بالحرية الكاملة فى تحديد القواعد واجبة التطبيق. بحيث يجوز لهم ليس فقط اختيار قانون دولة معينة، بل يجوز لهم أيضا اختيار القانون الدولى العام أو المبادىء العامة للقانون أو المبادىء المشتركة فى القوانين الوطنية.

فى حين ذهب رأى فى الفقه(٢) إلى أن النص قد تكلم عن ضرورة قضاء المحكمة وفقا «لقواعد القانون» والمراد هو القانون الوطنى الذى يتبناه أو يختاره الأطراف سواء أكان قانون الدولة الطرف فى العقد أو أى قانون وطنى آخر.

كما أخذ بنفس الحل مجمع القانون الدولى عند تناوله لمسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية فى دور انعقاده بمدينة أثينا سنة ١٩٧٩. فقد نصت المادة الأولى من التوصيات التى أصدرها المجمع على أن: «تخضع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية للقواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف ....». وبهذا يكون مجمع القانون الدولى قد طبق مبدأ استقلال الإرادة المقرر فى مجال العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص العامة من ناحية والأشخاص الخاصة الأجنبية من ناحية أخرى.

---

(١) انظر:

DELAUME (G.), Le centre ..., Op. Cit., PP. 825 - 826; GOLDMAN (B.), Le droit applicable selon ......, Op. Cit., PP. 144 - 145; BETTEMS (D.), Op. Cit., PP. 75 - 76, N° 54.

(٢) انظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص ٤٤٤ - ٤٤٥، بند ٥٠٩.

وإلى جانب ذلك، نصت المادة الثانية من هذه التوصيات على العديد من الحلول التى يجوز للأطراف الاختيار من بينها، وذلك بنصها على أنه «يجوز للأطراف أن يختاروا كقانون حاكم للعقد، إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادىء المشتركة بين هذه القوانين، وإما المبادىء العامة للقانون أو المبادىء المطبقة فى العلاقات الاقتصادية الدولية، وإما القانون الدولى أو خليطا من هذه المصادر القانونية»(١).

كما أن القضاء التحكيمى - إن جاز هذا التعبير - لم ينازع مطلقا أو يشكك فى قدرة الأطراف فى أن يختاروا بأنفسهم القانون واجب التطبيق على العقد. إن سلطة الأطراف فى اختيار القانون واجب التطبيق على العقد كان ولا يزال معترفا بها من قبل المحكمين ليس فقط فى مجال العقود المبرمة بواسطة الأشخاص الخاصة (الأفراد أو الشركات أن الأشخاص المعنوية)، بل أيضا فى مجال العقود المبرمة بين الدول والهيئات العامة من ناحية والأشخاص الخاصة الأجنبية من ناحية أخرى، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول(٢).

ففى قضية أرامكو ضد حكومة السعودية، أكدت محكمة التحكيم فى حكمها الصادر فى ٢٣ أغسطس سنة ١٩٥٨ على أنه: «وفقا لمبادىء القانون الدولى الخاص فإن القانون واجب التطبيق على العقد ذى الطابع الدولى هو فى المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف. وفى حالة غياب مثل هذا الاختيار، يطبق فى المقام الثانى قانون الإرادة المفترضة»(٣).

---

(١) راجع التوصيات التى أصدرها المجمع فى عام ١٩٧٩: A.I.D.I., 1979, P. 192

(٢) فى نفس النتيجة انظر: GIULIANO (M.), Op. Cit., PP. 204 - 205.

(٣) راجع حكم تحكيم أرامكو: Rev. Crit., 1963, P. 313

حيث يذكر أن:

«Les principes de droit international privé à consulter pour déterminer la loi applicable sont ceux de l'autonomie de la volonté, en vertu desquels il faut, dans une convention ayant un caractère international, appliquer en premier lieu la loi expressement choisie par les parties, et en second lieu à defaut de choix, la loi présomptivement élue par elles».

وفى قضية سافير الدولية ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، فإن المحكم الوحيد، القاضى السويسرى Cavin، قد أكد فى حكمه الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٩٦٢ على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هى التى تحدد القانون واجب التطبيق فى المسائل التعاقدية. وبعد أن اتضح له أن العقد المبرم بين الطرفين لا يتضمن أى اختيار صريح للقانون واجب التطبيق، أكد المحكم أنه هو الذى سوف يتولى تحديد النظام القانونى واجب التطبيق الأكثر ملاءمة طبقا للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف وخصوصا تلك التى يتضمنها العقد»(١).

وفى قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، فإن المحكم الوحيد، الأستاذ ديبوى، فى الحكم الذى أصدره فى هذه القضية فى ١٩ يناير سنة ١٩٧٧، أجاب على التساؤل عما إذا كان للأطراف الحق فى تعيين القانون أو النظام القانونى الذى يحكم عقدهم بقوله: «إن الإجابة على هذا التساؤل ليست محل شك، حيث أن كل الأنظمة القانونية، أيا كانت، تطبق مبدأ استقلال الإرادة فى مجال العقود الدولية»(٢).

وفى قضية ليامكو، أوضح المحكم الوحيد، الأستاذ محمصانى، فى الحكم الذى أصدره فى هذه القضية فى ١٢ أبريل لسنة ١٩٧٧، «أن على

---

(١) راجع: A.S.D.I., 1962, P. 284. حيث يذكر الحكم:
«C'est la volonté, expresse ou implicite, des parties qui déterminera la loi applicable en matière contractuelle. en l'espèce, le contrat ne contient aucune élection de droit express. L'arbitre déterminera donc le système de droit applicable le plus adéquat d'abres les indices de la volonté des parties et notamment les indices intrinsèques au contrat».

(٢) انظر الحكم منشور فى: Clunet 1977, P. 353, N° 25 حيث يذكر أن:
«La réponse à cette première question ne fait aucune doute: tous les systèmes juridiques, quels qu'ils soient, appliquent le principe de l'autonomie de la volonté aux contrats internationaux».

محكمة التحكيم أن تسترشد بالمبادىء العامة المنظمة لتنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص. وطبقا لهذه المبادىء، فإن القانون واجب التطبيق على عقد ما هو القانون الذى اختاره الأطراف أو الذى يمكن افتراض أنهم أرادوا إخضاع العقد له»(١).

وفى قضية Elf_Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية (تيوك). أكد المحكم أن للأطراف فى مجال العقود الدولية مصلحة مشروعة فى اختيار القانون الذى يحكم عقدهم، وذلك بأن يدرجوا، على سبيل المثال، فى العقد شرطا صريحا يقضى بتطبيق نظام قانونى معين»(٢).

نخلص مما تقدم أن للدولة والأشخاص العامة القدرة، شأنها فى ذلك شأن الأشخاص الخاصة، على اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الذى تكون طرفا فيه. وينسحب ذلك بالطبع على عقود البترول المبرمة بواسطة الدول المنتجة (أو أجهزتها) مع الشركات الخاصة الأجنبية. وبناء عليه يمكن القول بأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول هو القانون المختار بواسطة الأطراف فى المقام الأول.

---

(١) انظر الحكم منشور فى: Rev. Arb. 1980, P. 137. حيث يذكر أن:

«Le tribunal saisi doit se guider sur les principes généraux régissant les conflits de lois en droit international privé. Selon ces principes, la loi applicable à un contrat est celle «à laquelle les parties ont voulu, ou peuvent à juste titre être présumées avoir voulu Soumettre le contrat».

(٢) انظر الحكم منشور فى: Rev. Arb. 1984, P. 409, N° 15 حيث يذكر أن:

«Dans les contrats internationaux les parties sont naturellement incitées et ont un intérêt raisonnable à choisir, par exemple en introduisant dans leur contrat une clause de choix explicite d'un système juridique, le droit par lequel leur contrat sera régi».

المطلب الثاني

مدى سلطة المحكمين فى تحديد القانون واجب التطبيق فى حالة غياب قانون الإرادة

تظهر الصعوبة فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد فى الفرض الذى لا يوجد فيه أى اتفاق بين الأطراف فى هذا الصدد. فقد يحدث أن يأتى العقد صامتا حول مسألة القانون واجب التطبيق. وقد يرجع ذلك لأسباب متنوعة: فقد يكون راجعا فى بعض الأحيان إلى إهمال الأطراف، وقد يكون معزوا إلى جهل أو تجاهل المفاوضين أحيانا أخرى. ولكن فى معظم الأحيان، قد يكون مقصودا من قبل الأطراف، وذلك من أجل تفادى الدخول فى مسألة خلافية un sujet Friction فى لحظة قد يكون فيها الأطراف اتفقوا على كل الشروط الجوهرية للتعاقد. فالأطراف غالبا ما يهتمون بالمسائل الفنية والمالية فى عقدهم. وقد لا يرغبون فى تعريض إتمام تعاقدهم للفشل لسبب وحيد هو الخلاف حول القانون واجب التطبيق. ويفضلون تأجيل هذه المسألة إلى وقت آخر أو يكتفون بالإشارة، مثلا، إلى مبدأ حسن النية أو العدالة أو يخولون المحكمين القيام بهذه المهمة(١).

وفى هذا الفرض يثول التساؤل عن مدى سلطة المحكمين فى تحديد القانون واجب التطبيق وما إذا كان يتعين عليهم الاستعانة فى ذلك بقاعدة تنازع قوانين معينة أم أن لهم سلطة التحديد المباشر لهذا القانون؟

بالاطلاع على الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والتشريعات الوطنية، يمكن أن نميز بين اتجاهين: اتجاه يلزم المحكمين بتحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد التنازع، والآخر يعطى لهم سلطة التحديد المباشر لهذا القانون. كما أن دراسة أحكام التحكيم تكشف عن تنوع الطرق المستخدمة من قبل المحكمين فى هذا الشأن.

---

(١) انظر:

LALIVE (J.): Contrats entre États ....., Op. Cit., 50; FOUCHARD, L'arbitrage commercial, ..., Op. Cit., PP. 359 - 360, N° 541.

ونعرض فيما يلى لهذين الاتجاهين، ثم نعرض بعد ذلك للطرق المستخدمة بواسطة المحكمين.

أولا: تحديد القانون واجب التطبيق بواسطة قواعد تنازع القوانين:

إذا كان من المتعين على المحكم تحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد تنازع القوانين، فإن السؤال الذى يثور هو ما هى قواعد تنازع القوانين التى يمكن للمحكم اللجوء إليها؟

يمكن القول بأن المحكم يستطيع أن يلجأ إلى نظام تنازع القوانين فى الدولة التى يحمل جنسيتها أو التى يوجد بها محل إقامته، وذلك بحجة أن هذا النظام يكون المحكم أكثر الماما به من غيره، كما أنه يعد النظام المختار ضمنيا من قبل الأطراف. حيث أن اختيار الأطراف لمحكم معين يدل - بشكل غير مباشر - على رغبة هؤلاء فى تطبيق نظام تنازع القوانين فى دولة المحكم المختار.

غير أن هذا الحل يمكن أن يوجه إليه العديد من الانتقادات، منها أن هذا الحل قد يؤدى إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع. كما أن المحكم قد لا يكون مختارا من قبل الأطراف، فقد يتم اختياره بواسطة الغير أو بواسطة المركز التحكيمى الذى يجرى التحكيم تحت رعايته، كما هو الحال فى حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم. زد على ذلك أن هذا الحل يتعذر الأخذ به عندما تكون محكمة التحكيم يجب أن تشكل من أكثر من محكم واحد، ويكون المحكمون من جنسيات مختلفة أو يقيمون فى بلدان مختلفة(١).

ويمكن القول كذلك بأن المحكم يستطيع اللجوء إلى قواعد تنازع

---

(١) انظر:

LALIVE (P.), Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par L'arbitre international siègeant en suisse, rev. arb. 1979, P. 155, Spéc. P. 160.

وراجع كذلك، د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق، ص ص ١٥٤ - ١٥٥.

القوانين فى القانون الدولى الخاص فى الدولة التى يحمل الأطراف جنسيتها أو التى يوجد بها موطنهم المشترك. بيد أن هذا الحل من الصعب الأخذ به فى مجال التحكيم الدولى ومعاملات التجارة الدولية حيث لا يكون للأطراف، فى الغالب، جنسية مشتركة أو موطن مشترك. بحيث يمكن القول أن بمقدور المحكم إعمال قواعد تنازع القوانين فى دولة الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف(١).

ويمكن القول أيضا بأن المحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص فى الدولة التى كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل فى النزاع لو لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم. بيد أن هذا الحل يعاب عليه أنه يتعارض مع الهدف الذى وجد من أجله نظام التحكيم الدولى. وهو، بصفة أساسية، تفادى الصعوبات المرتبطة بمشكلة تنازع الاختصاص القضائى الدولى. كما أن هذا الحل، على فرض الأخذ به، يجعل المحكم يدور فى حلقة مفرغة Cercle vicieux، لأن إعماله يقتضى من المحكم أن يحدد، مقدما، القضاء الوطنى المختص الذى يجب تطبيق قواعد تنازع القوانين فيه لمعرفة القانون واجب التطبيق على العقد. وهذا بدوره يقتضى معرفة قواعد القانون الدولى الخاص الذى يجب عليه أن يحدد وفقا لها القضاء الوطنى المختص(٢).

كذلك يمكن القول بأن للمحكم اتباع قواعد تنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص فى الدولة التى سوف يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره. بيد أن هذا الحل تعترضه العديد من الصعوبات العملية التى يتعين على المحكم حلها بداءة. فكيف يمكن للمحكم أن يحدد مسبقا

---

(١) راجع:
LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op., Cit., P. 161.
وانظر أيضا: د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٥٥.
(٢) انظر:
LALIVE (P.): Les règles de conflit ..., Op. Cit., P. 161.
وراجع أيضا د. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص ص ١٥٧ - ١٥٩، بند ٩٥.

على وجه اليقين، الدولة التى سيجرى تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها؟ وماهو الحل إذا كان تنفيذ حكم التحكيم يتم فى أكثر من دولة؟(١).

وإلى جانب الحلول السابق ذكرها ذهب بعض الفقهاء(٢) إلى أنه يجب على المحكمين تطبيق قواعد الاسناد فى قانون الدولة مقر التحكيم.

وقد تبنى مجمع القانون الدولى هذا الحل فى التوصية التى أصدرها فى دور انعقاده بمدينة امستردام سنة ١٩٥٧. فقد نصت المادة (١١) منها على أن «قواعد الإسناد النافذة فى الدولة مقر محكمة التحكيم هى التى يجب اتباعها لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع»(٣).

بيد أن هذا الحل قد تعرض للنقد من جانب الفقه(٤). ويتمثل

---

(١) انظر:

LALIVE (P.): Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 162.

وراجع أيضا د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق، ص ١٥٩، بند ٩٦.

(٢) انظر:

SAUSER - HALL (G.), Op. Cit., 1952, PP. 571 - 572.

حيث يقول:

«Si les parties n'ont pas conclu d'accord au sujet du droit applicable, les règles de rattachement des lois de l'État du siège du tribunal arbitrale seront appliquées par les arbitres pour résoudre les conflits de lois soulevés devant eux par les parties».

(٣) راجع: A.I.D.I., 1957, P. 479 etS. Spéc. P. 484. حيث يقول النص بالفرنسية:

«Les règles de rattachement en vigueur dans l'État du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige».

(٤) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ....., Op. Cit., P. 366 etSS. N° 547 etSS.; LALIVE (P.): Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 170 etS.; ROBERT (J.): Op. Cit., 1983, P. 280; HUYS (M.), et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 584; BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., PP. 581 - 582, N° 652; Lew (J.D.): Op. Cit., P. 158, N° 13.

الانتقاد الرئيسى فى أن الدولة مقر التحكيم قد لا يكون لها أدنى صلة بموضوع النزاع. فغالبا ما يحدد الأطراف مكان التحكيم فى بلد محايد أو يختار المحكمون هذا المكان فى بلد مناسب لهم بصرف النظر عن مدى ملائمته أو اتصاله بموضوع النزاع. كما أن مراكز التحكيم الدائمة، خصوصا ذات الطابع الدولى، غالبا ما تفصل فى منازعات لا صلة لها بالدولة التى يستقرون فيها. ففى كل هذه الفروض، لا يكون للبلد مقر التحكيم أدنى صلة بموضوع النزاع. ومن ثم فإن قواعد القانون الدولى الخاص فى هذا البلد لا يكون لها أى سند جاد للتطبيق من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام أن صاحب هذا الرأى - وهو الأستاذ سوزر هل - لم يضع هذا الحل الذى نادى به موضع التنفيذ فى الحكم الذى أصدره فى قضية أرامكو ضد السعودية، على نحو ما سنرى فيما بعد.

وإزاء الانتقادات التى وجهت إلى الحلول التى عرضنا لها، اتجه الرأى الغالب فى الفقه(١) إلى الاعتراف للمحكمين بالحرية فى اختيار قواعد

---

(١) راجع:

BATIFFOL (H.), L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb. 1957, P. 110 - 111.

حيث يقول:

«L'arbitre, ne rendant la justice au nom d'aucun État, n'est pas tenu de suivre les règles de conflits d'un pays plutôt que celles d'un autre».

LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 175 etSS; et L'État en tant qu partie ...., Op. Cit., P. 341, N° 44; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 378 etSS. N° 556 etSS; Van Houtte (H.), la loi applicable ... Op. Cit., P. 296, N° 10; HUYS (M.) et KEUTGEN (G.), Op. Cit., P. 585 etSS., N° 802 etSS.

تنازع القوانين التى يستعان بها فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع المعروض عليهم. فالمحكم غير ملزم باتباع قواعد تنازع القوانين فى دولة معينة بدلا من تلك النافذة فى دولة أخرى. ويرجع ذلك إلى أن المحكم يختلف عن القاضى الوطنى. فبينما يكون القاضى الوطنى مقيدا باتباع قواعد تنازع القوانين فى قانونه الوطنى، لتحديد القانون الذى يحكم موضوع النزاع المطروح عليه، فإن المحكم فى مجال المعاملات الدولية الخاصة لا يصدر العدالة باسم دولة معينة، ولا يملك تحت تصرفه ما يسمى بقانون القاضى الذى يستمد منه قواعد تنازع القوانين. ومن ثم يكون الحل الوحيد المنطقى هو أن يكون للمحكم الحرية فى تبنى قاعدة تنازع القوانين التى تبدو له أكثر ملاءمة، تبعا لظروف القضية.

وقد أخذت بهذا الحل الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجارى الدولى، حيث نصت المادة (١/٧) منها على أنه: «فى حالة عدم وجود أى بيان من الأطراف بخصوص القانون واجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذى تعينه قاعدة التنازع التى يرونها ملائمة فى القضية»(١).

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى سنة ١٩٨٥، فقد نص فى المادة (٢٨) منه على أنه: «٢- فى حالة عدم تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم القانون الذى تعينه قاعدة تنازع القوانين التى ترى أنها واجبة التطبيق فى القضية». وكذلك أيضا قواعد التحكيم التى قررتها اللجنة

---

(١) وقد انتقد البعض تعبير قاعدة التنازع الملائمة فى القضية، وذلك لأن قاعدة التنازع ليست سوى مجرد أداة فنية un instrument technique محايدة فى ذاتها ولا يمكن وصفها بهذا الوصف، فالقواعد الموضوعية وحدها هى التى يمكن أن يكون لها هذه الصفة. ومن ثم يرى هؤلاء أن المقصود هو الاعتراف، بدون لف ودوران، للمحكم بالقدرة على الاختيار المباشر للقانون الموضوعى. راجع:

FOUCHARD (Ph.), L´arbitrage international en France ... Op. Cit., P. 397 etS. N⁰ 41 etS. et L´arbitrage commercial ....., Op. Cit., P. 384, N⁰ 563.

المذكورة فى سنة ١٩٧٦، فقد نصت المادة (١/٢٣) من هذه القواعد على أنه: «فى حالة غياب أى بيان من قِبل الأطراف حول القانون واجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم القانون الذى تعينه قاعدة تنازع القوانين التى ترى أنها واجبة التطبيق فى القضية».

ونفس الشيء بالنسبة لقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس. فقد نصت المادة (٣/١٢) من هذه القواعد على أنه «فى حالة غياب أى بيان من قبل الأطراف بصدد القانون واجب التطبيق، يطبق المحكم القانون الذى تعينه قاعدة تنازع القوانين التى يراها ملائمة فى القضية»(١).

وأخيرا، حرصت العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على التأكيد على حرية المحكم فى هذا الخصوص. ويمكن أن نذكر من ذلك حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٣١٣٠ فى سنة ١٩٨٠. ففى هذا الحكم، فإن المحكم الوحيد، والذى اتخذ من باريس مقرا له، بعد أن أثبت عدم وجود اتفاق بين الأطراف بخصوص القانون واجب التطبيق على العقد، أكد أن من حقه تحديد هذا القانون، وذلك عن طريق إعمال قاعدة تنازع القوانين الأكثر ملائمة وتطبيق القانون الذى تعينه هذه القاعدة(٢). وكذلك الأمر بالنسبة لحكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٨٨٦ فى سنة ١٩٧٧. ففى هذا الحكم، بعد أن أثبت المحكم عدم

---

(١) ويفضل جانب من الفقه استخدام تعبير «قاعدة التنازع الملائمة» بدلا من تعبير «قاعدة التنازع واجبة التطبيق» لأن هذا الاصطلاح الأخير يوحى بأن للمحكم قانون اختصاص يشتمل على قواعد إسناد يتعين عليه تطبيقها، الأمر الذى يجافى الحقيقة، حيث لا توجد قواعد إسناد يلتزم المحكم بتطبيقها. راجع: د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ص ١٧٠ - ١٧١.

(٢) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N⁰ 3130 en 1980, Clunet, 1981, P. 931 etSS. Obs. Y. Derains.

وجود اتفاق بين الأطراف فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، أكد على أنه غير ملزم بقواعد التنازع الوطنية. وإنما يطبق قواعد التنازع التى يقدر أنها ملائمة(١).

ثانيا: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق بدون الاستعانة بقواعد تنازع القوانين:

منحت غالبية القوانين الوطنية المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن تلزمهم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين.

ويمكن أن نذكر فى هذا الصدد القانون الفرنسى للتحكيم الدولى. فقد نصت المادة (١٤٩٦/١) منه على أن «يفصل المحكم فى النزاع، فى حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف، وفقا لقواعد القانون التى يقدر أنها ملائمة». وكما هو واضح من النص، أعطى المشرع الفرنسى للمحكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون أن يلزمه فى ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص لبلد معين(٢).

---

(١) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 2886 en 1977, Clunet 1978, P. 996 etSS. Obs. Y. Derains.

ويمكن أن نذكر فى نفس الاتجاه أيضا:

Sentence rendue dans l'affaire N° 1512 en 1971, Clunet 1974, P. 904 etSS. Obs. Y. Derains.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage international en France ..., Op. Cit., P. 397 etSS. N° 41 etSS.; LEVEL (P.), La procedure arbitrale, Op. Cit., P. 75.; GOLDMAN (B.), La volonté des parties ..., Op. Cit., P. 482; ROBERT (J.), Op. Cit., 1993, P. 267, N° 300; BOISSESON (M.), Le droit Français ..., Op. Cit., P. 592, N° 661; LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres ..., Op. Cit., PP. 339 - 340, N° 83.

ويمكن أن نذكر أيضا القانون السويسرى للتحكيم الدولى الخاص. حيث نصت المادة (١/١٨٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون التى ترتبط بالقضية بصلات أكثر وثاقة. وذلك فى حالة غياب القواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف». ويستفاد من هذا النص أن المشرع السويسرى لم يلزم محكمة التحكيم بتطبيق القانون الدولى الخاص السويسرى لتحديد القانون واجب التطبيق. بل ترك لها مهمة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق دون أن يضع أية قيود على حريتها سوى أن تكون هذه القواعد لها صلات وثيقة بموضوع النزاع. كما يلاحظ أن المشرع قد استخدم تعبير «قواعد القانون» بدلا من تعبير «القانون» وبالتالى يمكن القول بأن المحكم ليس ملزما بتطبيق قانون وطنى معين(١).

وقد أخذ بنفس الحل القانون الجزائرى للتحكيم. فقد نصت المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ من هذا القانون على أن «تفصل محكمة التحكيم فى النزاع. فى حالة غياب القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف. طبقا لقواعد القانون والعادات التى تقدر أنها ملائمة». وكما هو واضح من النص. لقد أعطى المشرع الجزائرى للمحكمين الحق فى أن يحددوا مباشرة القانون واجب التطبيق دون أن يلزمهم فى ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين. كما أنه لم يقيد من سلطة المحكمين بالقيد الوارد فى القانون السويسرى الذى يفرض على المحكمين الفصل فى النزاع طبقا لقواعد القانون الأكثر إتصالا بالنزاع(٢).

كما أخذ بنفس الحل القانون الإيرلندى للتحكيم، فقد نصت المادة ٢/١٠٥٤ من هذا القانون على أنه فى حالة عدم إختيار الأطراف

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

LALIVE (P.), Poudret (J.F.) et REYMOND (C.). Op. Cit., P. 388 etSS.

(٢) انظر مع المزيد من التفاصيل:

ISSAD (M.), Le décret ..., Op. Cit., PP. 391 - 392.

للقانون واجب التطبيق «تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون التى ترى أنها ملائمة فى القضية».

وأخيرا، لقد أخذ بنفس الحل القانون المصرى الحالى للتحكيم. فقد نصت المادة (٢/٣٩) من هذا القانون على أنه «وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع». فكما هو واضح من النص، لقد أعطى المشرع للمحكمين السلطة فى أن يحددوا مباشرة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، دون أن يلزمهم فى ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين التى يتحدد على هديها القانون واجب التطبيق. ومع ذلك ليس هناك ما يمنع المحكمين من اللجوء إلى هذه القواعد. كما أن المشرع لم يفرض أية قيود على حرية المحكمين فى تحديد هذا القانون سوى أن يكون الأكثر اتصالا بالنزاع. ومن الجدير بالملاحظة أن هذا النص يتميز عن النصوص السابق ذكرها فى أنه قد استخدم تعبير «القانون» بدلا من تعبير «قواعد القانون» مما يفيد أن سلطة المحكمين تقتصر على تطبيق قانون وطنى معين(١).

ومما تجدر الإشارة إليه، أن بعض قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية قد سارت على نفس النهج. ويمكن أن نذكر في هذا الصدد، قواعد التحكيم السارية لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، فقد نصت المادة (١/٢٩) منها على أنه «في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف، تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين التى ترى أنها ملائمة». وكما يتضح من هذا النص، أعطت هذه القواعد للمحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، دون أن تلزمهم باللجوء إلى نظام تنازع قوانين معين.

---

(١) راجع فى نفس المعنى مع المزيد من التفاصيل: د. مختار أحمد بريرى، المرجع السابق، ص ١٢٨ ومابعدها، بند ٨٢ ومابعده.

ويلاحظ أن النص قد استخدم تعبير «القانون أو القوانين» ومن ثم يمكن القول بأن هذه القواعد تسمح للمحكمين بتطبيق عدة قوانين على الأوجه المختلفة للنزاع، كما تسمح لهم أيضا بتطبيق ما يسمى بقانون التجارة الدولية. ومن هذه الزاوية، تختلف هذه القواعد عن قواعد التحكيم الأخرى وبصفة خاصة تلك الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٧٦، حيث أن هذه الأخيرة قد الزمت محكمة التحكيم بتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وفقا لقاعدة التنازع التي ترى أنها واجبة التطبيق في القضية، هذا بالإضافة إلى أنها قد استخدمت تعبير «القانون» مما يفيد اقتصار سلطة المحكمين على تطبيق قانون وطني معين(١).

ثالثا: الطرق المستخدمة بواسطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق:

تكشف دراسة العديد من أحكام التحكيم عن أن المحكمين يتبعون إحدى طرق ثلاث هي: ١- التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق. ٢- التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المعنية. ٣- اللجوء إلى المبادىء العامة في القانون الدولي الخاص.

ونبين فيما يلي هذه الطرق الثلاث على نحو موجز:

الطريقة الأولى: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق:

وفقا لهذه الطريقة، يحدد المحكم مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، دون أن يبحث عن قاعدة تنازع القوانين التي يتحدد بمقتضاها هذا القانون. وفي سبيل ذلك، يقوم المحكم بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية ويطبق القانون الأكثر صلة بالعقد من غيره، أي القانون المناسب للعقد.

وبعبارة أخرى، فإن المحكم لا يهتم بالاستناد إلى نظام تنازع

---

(١) انظر:

JOLY (F.). Le règlement d'arbitrage ..., Op. Cit., P. 427.

قوانين معين وإنما يقرر مباشرة خضوع العقد لقانون هذه الدولة أو تلك، آخذا فى الإعتبار طبيعة العقد والظروف المحيطة به(١).

ومن أحكام التحكيم التى أتبعت هذا المسلك يمكن أن نذكر الحكم الصادر فى القضية رقم ١٧١٧ فى سنة ١٩٧٢(٢) ففى هذه القضية، قرر المحكم تطبيق القانون الإيرانى وذلك باعتباره النظام القانونى الأكثر صلة بالعقد. حيث أن العقد كان قد أبرم فى طهران، والبضائع موضوع العقد كان من الواجب تسليمها فى إيران، كما أن المدعى كان مقيما فى طهران. وهكذا، فإن المحكم قد حدد مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد دون أن يلجأ إلى نظام وطنى لتنازع القوانين.

ومن أحكام التحكيم المعبرة فى هذا الخصوص، الحكم الصادر فى القضية رقم ٢٨٨٠ فى سنة ١٩٨٢. ففى هذه القضية، قررت محكمة التحكيم، والتى اتخذت من مدينة Bale بسويسرا مقرا لها، تطبيق القانون البلجيكى. وأوضحت أنه ليس من الضرورى البحث عن قواعد القانون الدولى الخاص واجبة الاتباع لتعيين القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، بل يكفى اثبات أن كل عناصر العقد: مقر كل من البائع

---

(١) راجع فى ذلك:

DERAINS (J.), Détermination de la lex contractus, les Dossiers de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationles, 1986, P. 14. N° 9 ; L'ordre public et le droit applicable au Fond du litige dans L'arbitrage international, Rev. Arb., 1986, P. 382, N° 12; LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 181; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ......, Op. Cit., P. 386, N° 567; BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 600 etSS, N° 670; GAILLARD (E.), Arbitrage ....., Op. Cit., J.CL, Dr. int. fase 586-9-1, N° 113.

(٢) انظر الحكم منشور فى:

Clunet, 1974, P. 890 etS. Obs. Y. Derains.

والمشترى، ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان إبرامه تقع فى بلجيكا(١).

الطريقة الثانية: التطبيق الجامع L'application cumulative لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع:

وطبقا لهذه الطريقة، يفحص المحكم قواعد تنازع القوانين فى مختلف الأنظمة القانونية الوطنية التى لها صلة بالنزاع المطروح أمامه. فإذا ما أجمعت هذه القواعد على قانون داخلى معين، فإنه يقرر تطبيق هذا القانون(٢).

وتحقق هذه الطريقة ميزة مزدوجة. فمن ناحية تؤدى إلى تطبيق قانون معترف باختصاصه دوليا، حتى وإن كان هذا الاعتراف محدودا من

---

(١) انظر الحكم منشور فى:

Clunet 1983, PP. 897 - 898. Obs. Y. Derains.

وانظر أيضا:

Sentence rendue dans l'affaire N° 3130, 1989, clunet 1981, P. 931 etS. Obs. Y. Derains.

وقد طبق المحكم القانون الفرنسى على العقد دون أن يستعين فى ذلك بقواعد تنازع القوانين التابعة لنظام قانونى معين. وانظر:

Sentence rendue dans l'affaire N° 4132 en 1983, Clunet 1983, P. 891 etS. Obs. Y. Derains.

وفى هذه القضية، طبق المحكم القانون الكورى على أساس أن العقد كان ينفذ فى الجانب الأكبر منه فى كوريا. ولم يهتم المحكم بتحديد نظام تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق.

(٢) انظر:

DERAINS (Y.), L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige. Rev. Arb. 1972, P. 99 etSS., Spéc. P. 103.; Détermination de la lex contractus, Op. Cit., P. 14, N° 9; L'ordre public ... Op. Cit., PP. 381 - 382, N° 12; LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 180; GAILLARD (E.), Arbitrage ... J.CL, Dr. int. fasc 586-9-1, N° 128; BOISSESON (M.) Le droit Français ..., Op. Cit., P. 603, N° 671.

الناحية الجغرافية. ومن ناحية أخرى فإنها تؤدى إلى التقاء كل من الطرفين عند حكم لا يمكن أن يوصف بالتحكم Arbitraire فيما يتعلق باختيار القانون الذى يحكم موضوع النزاع(١). ومن ثم يمكن القول بأن الأخذ بهذه بالطريقة يلبى الرغبة المشروعة للأطراف L'attente légitime des Parties أو بمعنى آخر لا يخل بتوقعات الأطراف. وذلك لأنه عندما تلتقى قواعد تنازع القوانين فى الأنظمة القانونية المرتبطة بالعقد موضوع النزاع عند تطبيق قانون واحد، فمن غير الممكن أن يدعى الأطراف بأن المحكم قد أخل بتوقعاتهم بتطبيقه لهذا القانون(٢).

ويقتضى استخدام طريقة التطبيق الجامع أن يقوم المحكم مقدما بتحديد أنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع. ويكشف الواقع العملى عن وجود اتجاهين بين المحكمين فى هذا الخصوص: الأول ويقتصر فيه المحكمون على التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين فى البلدان التى لها صلة بالعقد موضوع النزاع، دون الأخذ فى الاعتبار قواعد تنازع القوانين النافذة فى البلد مقر التحكيم. والثانى حيث يرى المحكمون ضرورة وجود تطابق بين قواعد تنازع القوانين فى البلدان المرتبطة بالنزاع وتلك السارية فى البلد مقر التحكيم(٣).

ومن أحكام التحكيم التى أخذت بالاتجاه الأول، يمكن أن نذكر الحكم الصادر فى القضية رقم ٥١١٨ فى عام ١٩٨٦، فى النزاع الذى ثار بين شركة إيطالية وشركتين تونسيتين عامتين(٤). ففى هذه القضية، كان

---

(١) راجع:

DERAINS (Y.), L'application cumulative ....., Op. Cit., P. 104.

(٢) راجع:

GAILLARD (E.), Arbitrage ... J.CL. Dr. int. fasc 586-9-1. N° 128.

(٣) انظر:

DERAINS (Y.), L application cumulative ... Op. Cit., P. 104 etSS.

(٤) راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 5118 en 1986, Clunet. 1987, P. 1027 etS.

الطرفان من جنسية إيطالية وتونيسية، وكان العقد موقعا فى تونس، وتسليم البضائع يتم فى جميع الأحوال فى تونس. إذن من الواضح أن موضوع النزاع كان له ضوابط إسناد مع بلدين فقط هما إيطاليا وتونس. ولقد فحصت محكمة التحكيم، والتى اتخذت من باريس مقرا لها، قاعدة الإسناد التونسية ووجدت أنها تؤدى إلى تطبيق القانون التونسى. ثم فحصت كذلك قاعدة الإسناد الإيطالية فوجدت أنها تؤدى إلى نفس النتيجة، حيث أنها تنص على تطبيق قانون البائع وقانون مكان إبرام العقد. وهكذا أعملت محكمة التحكيم، فى بحثها عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، قاعدة الإسناد فى كل من البلدين المرتبطين بموضوع النزاع دون أن تشير فى هذا الصدد إلى ما تقضى به قواعد الإسناد فى البلد مقر التحكيم، أى قواعد الإسناد الفرنسية فى هذه القضية.

ومن الأحكام التى أخذت بهذا الاتجاه، يمكن أن نذكر أيضا حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٤٤٢٤ فى عام ١٩٨٣، فى النزاع الذى ثار بين شركة بلجيكية وشركتين فرنسيتين(١). ففى هذه القضية أكد المحكم الوحيد، والذى اتخذ من لوزان بسويسرا مقرا له، على أن «قواعد القانون الدولى الخاص المعنية هى قواعد القانون الفرنسى، وكذلك قواعد القانون البلجيكى، وذلك باعتبار أن موضوع النزاع ليس له أية ضوابط إسناد أخرى سوى هذين النظامين القانونيين». وقد استبعد المحكم، فى هذه القضية، الأخذ فى الاعتبار قواعد الإسناد النافذة فى قانون الدولة مقر التحكيم.

وإلى جانب الاتجاه المتقدم، فإن البعض الآخر من المحكمين يأخذوا بالاتجاه الثانى والذى يتمثل فى تطبيق المحكم لقواعد تنازع القوانين فى الدولة مقر التحكيم جنبا إلى جنب مع قواعد تنازع القوانين فى الدول المرتبطة بموضوع النزاع. ويمكن أن نذكر فى هذا الخصوص، حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٧٣٠ فى عام ١٩٨٢، فى النزاع الذى ثار بين

---

(١) راجع الحكم منشور فى: Clunet 1983, P. 893. obs. Y. Derains.

شركتين يوغسلافيتين، وشركتين إحداهما سويسرية والأخرى هولندية(١). فقد أوضحت محكمة التحكيم، والتى اتخذت من باريس مقرا لها، أن قواعد القانون الدولى الخاص السويسرية واليوغسلافية والفرنسية تأخذ بمعايير متشابهة فى البحث عن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. حيث تأخذ جميعها بضابط الأداء المتميز la prestation caractéristique فى العقد، ثم تسنده إلى قانون الدولة التى يرتبط بها هذا الضابط برابطة وثيقة أو على حد تعبير المحكمة الفيدرالية الهيوسرية قانون البلد الذى يتوطن بها مركز الثقل فى العقد.

وأول ما يمكن أن نلاحظه على هذا الحكم أن محكمة التحكيم فى أخذها بطريقة التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع لم تقتصر على استشارة نظم تنازع القوانين فى الدول التى ينتمى إليها أطراف النزاع، بل استشار أيضا قواعد تنازع القوانين الفرنسية باعتبار أن فرنسا هى البلد مقر التحكيم.

ويمكن أن نذكر فى هذا الاتجاه أيضا حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٤٢٣٠ فى عام ١٩٧٨(٢)، فى النزاع الذى ثار بين شركة تحمل جنسية جنوب أفريقيا من ناحية وشركة ألمانية من ناحية أخرى. فبعد أن أكدت محكمة التحكيم - والتى اتخذت من باريس مقرا لها - على أنه، بالتطبيق للائحة غرفة التجارة الدولية، ليس من الضرورى تحديد القانون واجب التطبيق وفقا لأحد أنظمة تنازع القوانين الوطنية وبصفة خاصة وفقا للأنظمة المرتبطة بالقضية الحالية، وهى نظام تنازع القوانين لدولة ألمانيا وجنوب أفريقيا وفرنسا، أضافت أن هذه الأنظمة الثلاثة لا تختلف فيما بينها فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد. فهذه

---

(١) راجع:
Sentence rendue dans l'affaire N° 2730 en 1982, Clunet 1984, P. 914 etS. obs. Y. Derains.

(٢) انظر الحكم: Clunet 1979, P. 1000 etSS.

الأنظمة تعترف من حيث المبدأ بحرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق. وفي حالة عدم وجود اختيار صريح أو واضح لهذا القانون تقضي بأن القانون واجب التطبيق هو قانون البلد التي يتوطن بها العقد من الناحية الموضوعية أو البلد التي يقع على اقليمها مركز الثقل في العقد».

وهكذا نجد في هذه القضية أن محكمة التحكيم لم تقتصر، عندما أخذت بطريقة التطبيق الجامع، على قواعد تنازع القوانين في البلدان التي لها صلة بموضوع النزاع، بل أشارت أيضا إلى قواعد الإسناد في الدولة مقر التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان المحكمون يتبعون طريق التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في البلدان المرتبطة بموضوع النزاع بغرض أثبات أن القانون، الذي أعلنوا تطبيقه باعتباره قانونا مناسبا ليحكم العلاقات التعاقدية للأطراف، معترفا باختصاصه من قبل مجموع الأنظمة القانونية المرتبطة بالنزاع، بيد أنه في بعض الأحيان، قد يستخدم المحكمون هذه الطريقة حتى وإن لم يترتب عليها تطبيق قانون داخلي واحد، وذلك من أجل اختيار قاعدة تنازع القوانين الملائمة في القضية من بين قواعد تنازع القوانين المرتبطة بموضوع النزاع(١).

ويمكن أن نذكر في هذا الاتجاه حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ٤٩٩٦ في سنة ١٩٨٥، في النزاع الذي ثار بين شركة إيطالية وأحد فروعها في فرنسا(٢). ففي هذه القضية لاحظت محكمة التحكيم - التي

---

(١) انظر:

DERAINS (Y.). Observation Sous la sentence rendue dans l'affaire N° 4434 en 1983, Clunet 1983, P. 894 etS.; et la sentence rendue dans l'affaire N° 4996 en 1985, clunet 1986, P. 1134 etSS.

وفي نفس المعنى انظر:

BOISSESON (M.), Le droit Français ..., Op. Cit., PP. 604 - 605.

(٢) راجع الحكم منشور في Clunet, 1985, P. 1131 etS.

اتخذت من لوزان بسويسرا مقرا لها - أن العقد قد أبرم فى إيطاليا وبلغة إيطالية وكان يتضمن شرطا يعطى الإختصاص للمحاكم الإيطالية بصفة احتياطية. كما لاحظت أن العقد كان ينفذ بالكامل فى فرنسا. فى ظل هذه الظروف، تساءلت المحكمة عن قاعدة تنازع القوانين الأكثر ملاءمة والتى يتحدد وفقا لها القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، وما إذا كانت قاعدة تنازع القوانين الإيطالية أم الفرنسية.

وأمام الحجج القائمة لصالح تطبيق كل من القانون الدولى الخاص الإيطالى والقانون الدولى الخاص الفرنسى على حد سواء، بحثت المحكمة مسألة ما إذا كان التطبيق الجامع للقانون الدولى الخاص الإيطالى والفرنسى يؤدى إلى تطبيق قانون داخلى واحد. بيد أنه قد ثبت للمحكمة أن تطبيق القانون الدولى الخاص الإيطالى من ناحية، والقانون الدولى الخاص الفرنسى من ناحية أخرى، لا يؤدى إلى تطبيق قانون واحد، حيث أن اعمال قواعد القانون الدولى الخاص الإيطالى سوف يؤدى إلى تطبيق قانون الدولة محل إبرام العقد، أى القانون الإيطالى. بينما يؤدى إعمال قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى إلى تطبيق قانون الدولة محل التنفيذ، أى القانون الفرنسى. ومن ثم اتضح أمام المحكمة ضرورة اختيار قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة فى القضية من بين قواعد التنازع المرتبطة بموضوع النزاع، وهى قاعدة التنازع الإيطالية وقاعدة التنازع الفرنسية. وانتهت محكمة التحكيم إلى أن قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة فى القضية هى تلك التى تسند العقد إلى قانون الدولة محل تنفيذ العقد ومحل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المتميز، أى القانون الفرنسى.

وهكذا نجد أن المحكمين، فى هذه القضية، قد فحصوا قواعد الإسناد فى القانون الدولى الخاص فى البلدان المرتبطة بموضوع النزاع (وهما إيطاليا وفرنسا)، وذلك من أجل اختيار قاعدة الإسناد الأكثر ملاءمة فى القضية(١).

---

(١) ومن الأحكام التى أخذت بنفس الحل راجع:

Sentence rendue dans l'affaire N° 4438 en 1983, Clunet 1983, P. 893 etSS. obs. Y. Derains.

وأخيرا، قد يستخدم المحكمون طريقة التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين فى البلدان المرتبطة بموضوع النزاع من أجل تعزيز اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق(١). ويمكن أن نذكر فى هذا الخصوص حكم التحكيم الصادر فى القضية رقم ٢٤٣٨ فى سنة ١٩٧٥، فى النزاع الذى ثار بين شركة فرنسية وأخرى أسبانية(٢). ففى هذا الحكم، بعد أن أثبتت محكمة التحكيم وجود اتفاق بين الطرفين فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، حيث أن كلا منهما يرى أن القانون الأسبانى هو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، أبانت المحكمة «أن هذا الحل يمكن أن يستمد من هذا النظام أو ذاك من أنظمة تنازع القوانين التى يمكن اعمالها فى القضية، ألا وهو نظام تنازع القوانين الأسبانى أو الفرنسى أو السويسرى».

الطريقة الثالثة: اللجوء إلى المبادىء العامة فى القانون الدولى الخاص:

وطبقا لهذه الطريقة، يلجأ المحكم فى بحثه عن القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، ليس إلى قواعد تنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص لبلد معين (مثل قواعد تنازع القوانين النافذة فى الدولة مقر التحكيم أو إحدى الدول المرتبطة بالنزاع)، وإنما إلى قاعدة تنازع القوانين التى تحظى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية(٢).

---

(١) انظر:

BOISSESON (M.), Le droit Français ... Op. Cit., P. 603, N° 671.

(٢) انظر:

Sentence rendue dans l'affaire N° 2438 en 1975, Clunet 1976, P. 969 etS. Obs. Y. Derains.

ويلاحظ أن هذا الحكم يندرج ضمن طائفة الأحكام التى تأخذ فى الاعتبار قواعد التنازع النافذة فى البلد مقر التحكيم إلى جانب قواعد التنازع فى البلدان المرتبطة بموضوع النزاع.

(٢) راجع:

DERAINS (Y.), L'ordre public et ... Op. Cit., P. 382 et Détermination de la lex ... Op. Cit., P. 14.

وبعبارة أخرى، قاعدة تنازع القوانين المعترف بها من قبل أنظمة القانون الدولى الخاص فى مختلف بلدان العالم.

ومن أحكام التحكيم التى يمكن أن نذكرها فى هذا الصدد، الحكم الصادر فى القضية رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١(١). ففى هذا الحكم أكدت محكمة التحكيم أن «مختلف أنظمة القانون الدولى الخاص التى يمكن تطبيقها تؤدى - فى هذ القضية - إلى نفس النتيجة، حيث يوجد اتفاق بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود بين مختلف الأنظمة الرئيسية لتنازع القوانين فى العالم. ففى مسائل العقود، من الممكن الحديث عن قانون دولى خاص مشترك أو عالمى، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمعرفة القانون الذى يحكم العقد فى حالة الاختيار الصريح من جانب الأطراف ... حيث يوجد مبدأ مسلم به عالميا فى القانون الدولى الخاص مفاده أن القانون الذى يحكم العقد هو ذلك المختار بواسطة الأطراف، صراحة أو ضمنا.

إن ما يمكن أن نلاحظه من اختلافات، فى هذا الصدد، بين الأنظمة الوطنية المختلفة تتعلق فقط بالقيود المفروضة على حرية الأطراف فى الاختيار وليس بالمبدأ ذاته. ففى المسائل التعاقدية، فإن نظرية القانون المناسب معترف بها كقاعدة لتنازع القوانين فى انجلترا، وكذلك فى أنظمة القانون الدولى الخاص المشابهة (كما هو الحال فى باكستان والهند). وكذلك الأمر فى نظام تنازع القوانين السويسرى».

وهكذا نجد أن المحكم، فى هذا الحكم، لم يستند إلى قاعدة تنازع فى القانون الدولى الخاص لبلد معين، بل استند إلى المبادىء العامة فى

- حيث يرى أنه وفقا لهذه الطريقة فإن المحكم :

«L'arbitre se réfère à une règle de conflit de lois qui fait l'objet d'un large consensus au plan international.

وراجع فى هذه الطريقة أيضا:

LALIVE (P.), Les règles de conflit ... Op. Cit., P. 181; GAillard (E.), Arbitrage ... Op. Cit., J.CL, Dr. int. fasc 586-9-1, N° 129 etS.

(١) انظر الحكم منشور فى:

Clunet, 1974, P. 904 etSS., PP. 907 - 908.

القانون الدولي الخاص، مؤكدا على أن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد - صراحة أو ضمنا - تعد مبدأ مسلما به عالميا في مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص. كما أضاف المحكم أن قاعدة القانون المناسب للعقد تعتبر قاعدة تنازع قوانين مسلما بها من قبل أنظمة تنازع القوانين في البلدان المرتبطة بموضوع النزاع، أي التي ينتمي إليها الطرفان وهي الهند وباكستان، وكذلك أيضا نظام تنازع القوانين في البلد مقر التحكيم، أي نظام تنازع القوانين في سويسرا(١).

وفي نفس الاتجاه يمكن أن نذكر أيضا، حكم التحكيم الصادر في جنيف في القضية رقم ١٤٣٤ في سنة ١٩٧٥. ففي هذا الحكم، قدرت محكمة التحكيم أنه على الرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع، إلا أنه يجب عليها فحص الأساس السليم لتطبيق هذا القانون في ضوء المبادىء المعترف بها عموما في مسائل تنازع القوانين، وذلك بقولها «تسترشد محكمة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق ... بالمبادىء المعترف بها عموما في تنازع القوانين، والتي تتفق بكل وضوح مع قواعد القانون الدولي الخاص النافذة سواء في جنيف بسويسرا، باعتبارها البلد مقر التحكيم، أو في البلدان الأخرى التي لها صلة بالقضية الحالية»(٢).

وهكذا نجد أن محكمة التحكيم لم تستند في تبرير اختيار الأطراف إلى قاعدة إسناد في القانون الدولي الخاص لبلد معين، بل إستندت إلى المبادىء العامة في القانون الدولي الخاص. وفي سبيل تأكيد المحكمة على الطابع العام لقاعدة التنازع التي أخذت بها أشارت إلى اتفاق أنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع في الأخذ بهذه القاعدة. ومن ثم يكون هذا الحكم قد أخذ في آن واحد بطريقتين: اللجوء إلى المبادىء العامة في

---

(١) راجع ملاحظات الأستاذ Y.DERAINS على هذا الحكم: نفس المرجع المذكور أعلاه، ص ٩٠٩ ومابعدها، خصوصا ص ٩١١.

(٢) راجع الحكم منشور في: Clunet 1976, P. 978 etS. Spéc. P. 980.

القانون الدولى الخاص، والتطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع، بيد أن اللجوء إلى الطريقة الثانية لم يكن له سوى دور ثانوى فالطابع العام لقاعدة التنازع التى لجأ إليها المحكمون يعد فى ذاته مبررا كافيا لتطبيقها، وان اللجوء إلى الطريقة الثانية كان من أجل اثبات أن كل أنظمة التنازع تتفق فى الأخذ بهذا الحل(١).

بيد أنه من الصعب اللجوء إلى هذه الطريقة فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف نظرا للاختلافات العميقة بين أنظمة القانون الدولى الخاص فى الحلول التى تنص عليها فى مثل هذا الفرض(٢).

مجمل القول أن المحكم هو الذى يتولى تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك فى حالة غياب قانون الإرادة. وفى سبيل تحديده لهذا القانون، إما أن يسلك طريقة التحديد المباشرة، فيطبق القانون الذى يرتبط به العقد برابطة أكثر وثاقة، وإما أن يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين، ويطبق القانون الذى تعينه قواعد التنازع فى الأنظمة المرتبطة بموضوع النزاع.

وبطبيعة الحال، ليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذه الحلول لتحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول بيد أن المشكلة تكمن فى أن هذه الحلول ستفضى إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، الأمر الذى يسبب قلقا للشركات الأجنبية، والفقه المناصر لها، وهو ما سنراه فى الصفحات التالية.

---

(١) راجع ملاحظات الأستاذ Y.DERAINS على هذا الحكم، المرجع المذكور أعلاه، ص ٩٨٦ ومابعدها، خصوصا ص ٩٨٥.

(٢) انظر:

GAILLARD (E.), Arbitrage ..., Op. Cit., J-CL, Dr. int., fasc. 586-9-1, N° 130.

المبحث الثانى

الحلول الفقهية المقترحة بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول

أثارت مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بواسطة الدولة أو أحد الأجهزة العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول، خلافا فقهيا حادا. ويمكن فى هذا الصدد التمييز بين ثلاثة اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول وينادى بتوطين هذه العقود وذلك بإخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة. والاتجاه الثانى وينادى بتدويل هذه العقود وذلك بإخضاعها للقانون الدولى العام، والثالث وينادى بعدم توطين هذه العقود وإخضاعها لنظام قانونى ثالث.

وعلى الرغم من الاختلاف بين أنصار الاتجاه الثانى والثالث، إلا أنه يجمعهم هدف مشترك وهو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من أجل حماية الشركات الأجنبية. إذ أن خضوع العقد لقانون هذه الدولة يمكنها من تعديل العقد بما يحقق مصالحها ويضر بالطرف الأجنبى. وهو ما أفصح عنه أحد المناصرين لتدويل هذه العقود بقوله «إن خضوع العقد للقانون الوطنى فى الدولة المتعاقدة يعرض الطرف الأجنبى لمخاطر جسيمة منها قيام الدولة المتعاقدة بإحداث التعديلات الدستورية أو التشريعية التى تجعل من المساس بالعقد أمرا مشروعا بالنظر إلى قانونها الوطنى»(١).

وتعرض فيما يلى لهذه الاتجاهات الثلاثة كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

إخضاع عقود البترول لقانون الدولة المتعاقدة

ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع عقود البترول للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة. واستندوا فى ذلك إلى عدة حجج هى: ١- فكرة

---

(١) انظر:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ..., Op. Cit., P. 149.

العقد الإدارى. ٢ - قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة. ٣- وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. ونعرض فيما يلى لهذه الحجج تباعا.

أولا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا إلى فكرة العقد الإدارى:

يرى جانب من الفقه(١) إخضاع عقود البترول لقانون الدولة المتعاقدة بإعتبارها عقودا إدارية. واستندوا فى ذلك إلى ما يلى:

١ - إن أحد أطراف عقود البترول - وبصفة خاصة فى الشرق الأوسط - شخص من أشخاص القانون العام.

٢ - إن عقد البترول يتعلق بتسيير وتنظيم مرفق عام. ويتأكد طابع المرفق العام فى استغلال الثروة البترولية من عدة قرائن مستمدة من العقد ذاته، حيث يشترط موافقة الدولة على المشروع البترولى وإجازتها له مسبقا، هذا فضلا عن خضوعه لمراقبة ثابتة من الدولة، ومراجعة حساباته من قبلها، وتمتعه ببعض امتيازات السلطة العامة، وإعفائه من الضرائب والرسوم وغير ذلك من سمات المرفق العام.

٣ - إن عقود البترول تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية غير

---

(١) انظر:

EL-SAYED (M.), L'organisation des payes exportateurs de pétrole, Paris. L.G.D.J., 1967, P. 79; BOGOUSLAVSKY, L'État en tant que partie `a des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étragères, colloque unidroit `a Rome, 1976, P. 313. MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 54 - 55 et P. 98; BENCHIKH (M.), Op. Cit., P. 86 etSS.

وانظر أيضا: نبيل أحمد سعيد، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولى كعقد إدارى، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربى الخامس والذى عقد بالقاهرة فى مارس عام ١٩٦٥، محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٧٠٧.

المألوفة فى مجالات القانون الخاص. ويمكن أن نذكر من ذلك بعض مظاهر السلطة العامة التى تتمتع بها الشركة المتعاقدة مثل: حقها فى شغل الأراضى، واستخدام عمال أجانب، وإقامة السكك الحديدية والموانى وغيرها من وسائل المواصلات، هذا فضلا عن حقها فى التمتع بالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية. كما تتضمن عقود البترول بعضا من الشروط الاستثنائية التى تخول جهة الإدارة امتيازات لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد معها، ومن ذلك حق الإدارة فى التفتيش على نشاط الشركة المتعاقدة وفحص دفاترها وسجلاتها، وحقها فى فسخ العقد فى حالات معينة، وحظر التنازل عن هذا العقد إلا بموافقة الحكومة(١).

ويرى بعض أصحاب هذا الاتجاه(٢) أنه من المعترف به فى كل النظم القانونية الغربية أن عقود الامتياز البترولية تعد عقودا إدارية أو من قبيل عقود الدولة State contracts فى الدول التى تأخذ بالنظام الأنجلوسكسونى وهو اصطلاح يقابل اصطلاح العقود الإدارية المعروف فى فرنسا. كما أن عقود الامتياز البترولية الممنوحة وفقا لقانون البترول الصحراوى الصادر فى ٢٢ نوفمبر لسنة ١٩٥٨ تعد عقودا إدارية. حيث نص هذا القانون فى المادة ٤١ منه على أن أى نزاع يثور بين حامل الامتياز ومانح الامتياز يخضع فى المقام الأول والأخير لمجلس الدولة الفرنسى. وبهذا فإن هذا القانون لم يدع مجالا للشك بالنسبة للطبيعة الإدارية لعقود البترول المبرمة فى الجزائر(٣).

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن منظمة البلدان المصدرة للبترول

---

(١) انظر فى شرح هذه الأسانيد: نبيل أحمد سعيد، المرجع السابق، ص ص ٢ - ٤٠.
(٢) انظر: MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 55.، وأيضا: محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٧٠٧.
(٣) راجع:
BENCHIKH (M.), Op. Cit., PP. 86 - 87; MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 56.

(أوبك) قد أكدت على أن عقود البترول تعد عقودا إدراية. وذلك لتوافر الاركان الأساسية للعقد الإدارى فيها(١).

تقدير هذا الرأى:

ونحن لا يمكننا التسليم بهذا الرأى على إطلاقه. وذلك استنادا إلى ما يلى:

١ - إذا كان من الصحيح أن أحد طرفى عقد البترول غالبا ما يكون من أشخاص القانون العام (سواء أكان الدولة ذاتها أو الهيئات أو الشركات التابعة لها). بيد أنه ليس كل عقد يبرمه أحد أشخاص القانون العام يعد عقدا إداريا، فقد يلجأ هذا الشخص فى تعاقده إلى وسائل القانون الخاص فيبرم عقودا خاضعة للقانون الخاص، وقد يتبع أسلوب القانون العام فيبرم عقودا إدارية. فإذا كان شرط وجود الإدارة كطرف فى العقد يعد شرطا لازما لإضفاء الطابع الإدارى على العقد، إلا أنه لا يعد كافيا بذاته(٢).

٢ - يشترط إلى جانب إبرام العقد بواسطة شخص معنوى عام أن يتصل العقد بأحد المرافق العامة. ويتخذ اتصال العقد بالمرفق العام صورا متعددة، فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق أو ادارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه(٢). فإذا ما انقطعت الصلة بين العقد وأحد المرافق العامة، فإن

---

(١) راجع الدراسة التى أعدتها منظمة البلدان المصدرة للنفط بعنوان «من الامتيازات للعقود» والتى قدمتها إلى مؤتمر البترول العربى الخامس الذى عقد بالقاهرة فى مارس عام ١٩٦٥، ص ٩.

(٢) راجع فى ذلك: د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ص ٦٢، ٦٣. د. ثروت بدوى، النظرية العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٥٩ ومابعدها. المعيار المميز للعقد الإدارى، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٢٧، العدد الأول والثانى، ١٩٥٧، ص ١٢١، ١٢٢. د. عزيزة الشريف، دراسات فى نظرية العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٣٢.

(٣) انظر: د. سليمان الطماوى، الأسس العامة ....، المرجع السابق، ص ٧٤ ومابعدها. د. ثروت بدوى، النظرية العامة ....، المرجع السابق، ص ٦٢ ومابعدها. المعيار المميز ....، المرجع السابق، ص ١٢٢ ومابعدها؛ د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ٥٦.

العقد لا يعد إداريا، بل يعد من عقود القانون الخاص ولو كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام(١).

وينسحب نفس القول على عقود البترول، ولكن التساؤل الذى يثور هو هل يعد استغلال الثروة البترولية مرفقا عاما بحيث يمكن القول بأن عقد البترول يتصل بمرفق عام؟

نحن نتردد فى اعتبار استغلال الثروة البترولية مرفقا عاما بالمعنى المفهوم فى القانون العام، ومن ثم اعتبار عقد البترول عقدا متصلا بمرفق عام. وذلك للأسباب الآتية:

أ - إن استغلال الثروة البترولية بواسطة الشركة المتعاقدة ليس مشروع يعمل باضطراد وانتظام بقصد أداء خدمات عامة للجمهور. حيث إن الشركة المتعاقدة لا تلتزم بإفادة الجمهور من البترول الذى تنتجه، ولا يتضمن عقد البترول أى نص بهذا المعنى. هذا فى حين أن المرفق العام يستهدف بصفة أساسية تحقيق النفع العام. فالغرض من إنشاء المرفق العام هو إشباع الحاجات العامة للجمهور مثل حاجتهم إلى الأمن والعدالة والصحة والتعليم ... الخ. ويعد تحقيق النفع العنصر المميز للمرفق العام عن غيره من المشروعات الأخرى التى لا تستهدف الا تحقيق النفع الخاص(٢).

والقول بغير ذلك، أى اعتبار استغلال الثروة البترولية مرفقا عاما، معناه إخضاع استغلال الثروة البترولية للمبادىء الأساسية التى تخضع لها المرافق العامة. وهى: مبدأ السير المنتظم والمضطرد للمرافق العامة، ومبدأ مسايرة المرفق العام للتطورات المستجدة، ومبدأ مساواة الأفراد فى الانتفاع

---

(١) انظر: د. محمود حلمى، العقد الإدارى، دار الفكر العربى، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، ص ٢٥.

(٢) راجع: د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٦٤، ص ٢٢ ومابعدها. وفى نفس المعنى د. سليمان الطماوى، مبادىء القانون الإدارى، الكتاب الثانى: نظرية المرفق العام وعمال الإدارة، دار الفكر العربى، ص ٢٣، ص ٢٤.

بخدمات المرفق العام(١). وهو ما لا يحدث فى الواقع العملى.

ب - إن الدولة رغم مالها من سلطات الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة، إلا أنها ليست صاحبة الرأى الأعلى والكلمة النهائية فى إدارة المشروع البترولى وتنظيمه، بل إن القدر الأكبر من هذا التنظيم وتلك الإدارة بيد الشركة المتعاقدة(٢).

ولا يكفى لإضفاء طابع المرفق العام على مشروع ما أن يقتصر تدخل الدولة عند حد الإشراف والرقابة، فالمشروعات الخاصة تخضع لنوع من الرقابة والإشراف، فقد تعين الدولة مديرا للمشروع الخاص، وقد تمثل الحكومة فى مجلس إدارة الشركة، وقد تتدخل الدولة لمساعدة ومعاونة وتشجيع المشروعات الخاصة فتمنحها بعض امتيازات وحقوق السلطة العامة مثل حق التنفيذ المباشر ونزع الملكية، إلا أن كل هذه المظاهر لتدخل الدولة أو السلطة العامة لا تجعل من المشروع الخاص مرفقا عاما. بل يجب أن يصل تدخل الدولة إلى حد الهيمنة على المشروع بحيث يكون لها الكلمة النهائية فى إنشاء وإلغاء المشروع، وفى تحديد قواعد سيره وتنظيمه(٣).

جـ - وبالإضافة إلى ما تقدم فإنه لا يوجد أى نص يقرر إضفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية. بل على العكس يمكننا أن نخلص من النصوص المتعلقة باستغلال الثروات الطبيعية والمرافق العامة إلى عدم إضفاء طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية.

فقد تواتر النص فى الدساتير المتعاقبة على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة

---

(١) راجع فى شرح هذه المبادىء: د. سليمان الطماوى، مبادىء القانون الإدارى .... المرجع السابق، ص ١٤٤ ومابعدها.

(٢) انظر: د. محمد طلعت الغنيمى، تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولى، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربى السادس، بغداد عام ١٩٦٧، ص ١٢، ١٢.

(٣) د. محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ٤٨؛ د. سليمان الطماوى، مبادىء القانون الإدارى ....، المرجع السابق، ص ١٩٠، ص ٢٠٠.

الطبيعية والمرافق العامة(١). وقد صدر بالفعل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ والذى نص فى مادته الأولى على أن «يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ... بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة». يتضح من ذلك أن استغلال الثروات الطبيعية، بما فيها البترولية، ليست مرافق عامة، لأنها لو كانت كذلك لما احتاج المشرع النص على استغلال الثروات الطبيعية إلى جانب المرافق العامة.

٢ - اذا كان اتصال العقد الذى يبرمه أحد أشخاص القانون العام بالمرفق العام شرطا لازما وضروريا لكى يعتبر العقد إداريا، فإن ذلك ليس كافيا بذاته لمنح العقد هذه الصفة، وذلك لأن الإدارة رغم تعلق العقد بالمرفق العام قد تلجأ إلى وسائل القانون الخاص فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم العادية، ومن ثم لا يعد كافيا أن يتصل العقد بمرفق من المرافق العامة ليكتسب الطابع الإدارى، بل يشترط إلى جانب ذلك أتباع الإدارة لوسائل القانون العام. وأهم وسيلة يستدل بها فى الكشف عن نية الإدارة فى الأخذ بأسلوب القانون العام دون القانون الخاص هى: تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص، ومن أهم أمثلة الشروط الاستثنائية تلك التى تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر مثل حق الإدارة فى تعديل العقد، وحقها فى الإشراف والرقابة أثناء تنفيذ العقد، وحقها فى فسخ العقد أو انهائه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى رضاء الطرف الآخر(٢). وينسحب ذلك على عقود البترول، ولكن التساؤل الذى يثور هو: هل تتضمن هذه العقود مثل هذه الشروط؟

يبدو لنا من خلال استقراء نصوص العديد من عقود البترول

(١) من ذلك نص المادة (٩٨) من دستور عام ١٩٥٦، والمادة (٧٤) من دستور علم ١٩٦٤، والمادة (١٢٢) من الدستور المصرى الحالى لسنة ١٩٧١.

(٢) راجع: د. سليمان الطماوى، الأسس العامة ....، المرجع السابق، ص ٨٦ ومابعدها؛ د. ثروت بدوى، النظرية العامة ....، المرجع السابق، ص ٧٦ ومابعدها، المعيار المميز ....، المرجع السابق، ص ١٢٢؛ د. عزيزة الشريف، المرحع السابق، ص ٦٢ ومابعدها.

- خصوصا العقود المبرمة فى الشرق الأوسط - أنها لا تتضمن مثل هذه الشروط، بل على العكس تماما تتضمن شروطا تحد من السلطات والامتيازات التى تتمتع بها جهة الإدارة فى العقد الإدارى. ومن هذه الشروط تلك التى تنص على عدم إمكان تعديل العقد أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين، وتلك التى تنص على حق الشركة المتعاقدة فى إنهاء العقد أو التنازل عنه، بالإضافة إلى ذلك تتضمن عقود البترول شروطا تنص على مزايا عديدة للشركات المتعاقدة مثل الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية.

وإذا كان مجرد انتفاء وجود الشروط الاستثنائية يعد قرينة على انتفاء الطابع الإدارى عن عقود البترول، فإنه من باب أولى ينتفى عنها هذا الطابع إذا تضمنت شروطا مضادة تحد من السلطات التى تتمتع بها جهة الإدارة فى العقد الإدارى.

أما القول بأن العقد يعد إداريا لاحتوائه على شروط تعطى للدولة سلطة الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة مما يعد شروطا استثنائية، فإنه لا يمكن الأخذ به، ذلك أن النص على حق الدولة فى الإشراف والرقابة يكون بهدف التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها، ولا تعد من قبيل الشروط الاستثنائية بالمعنى المفهوم فى القانون الإدارى.

كما أن القول بأن المزايا التى تتمتع بها الشركات المتعاقدة تعد من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة لا يمكن التسليم به، وذلك لأن هذه المزايا مقررة لمصلحة هذه الشركات فى مواجهة جهة الإدارة، والفرض فى الشروط الاستثنائية غير المألوفة التى تضفى الطابع الإدارى على العقد أن تكون مقررة لصالح جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها أو مقررة لصالح المتعاقد معها تجاه الغير.

وقد أخذت بعض أحكام التحكيم بوجهة النظر التى انتهينا إليها على النحو المذكور، حيث رفضت اعتبار عقد البترول محل النزاع

عقدا إداريا. ويعد الحكم الصادر فى قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية(١). من أهم هذه الأحكام، حيث رفض المحكم «ديبوى» اعتبار عقود البترول محل النزاع عقودا إدارية، وذلك على أساس أن هذه العقود لا تتوافر فيها الشروط التى ينص عليها القانون الليبى حتى يمكن الاعتراف للعقد بالطابع الإدارى. فقد قدر المحكم أنه «بالإضافة إلى عدم توافر فكرة إدارة المرفق العام أو استغلاله، فإنه من الثابت أيضا أن الحكومة الليبية قد انتوت التعامل على قدم المساواة مع شركائها فى عقود الامتياز محل النزاع، كما أن هذه العقود لا تتضمن شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص، بل على العكس كان من المنصوص عليه فى العقد أن القوانين واللوائح التى من شأنها تعديل الحقوق التعاقدية للشركات المستثمرة لا تكون قابلة للتطبيق على هذه الشركات إلا بموافقتها».

وقد رفض المحكم وجهة النظر القائلة بأن شروط الثبات يمكن اعتبارها شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص حيث لا يوجد لها مثيل فى العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة، وذهب إلى أن شروط الثبات تعد شروطا ذات طبيعة سلبية. فالدولة أو السلطة الإدارية عندما تتعهد بعدم ممارسة السلطات التى تتمتع بها دون موافقة الشخص المتعاقد معها فإن ذلك يدل على أن الدولة قد تعاقدت معه على قدم المساواة. فشروط الثبات تمثل تخلفا لإحدى الخصائص الرئيسية للعقد الإدارى أى لطابعه غير المتكافىء Inégalitaire. ثم أضاف المحكم حجة أخرى تتمثل فى أن اللجوء إلى التحكيم الدولى يؤكد على أن الأطراف قد اتفقوا على التعامل على قدم المساواة.

---

(١) راجع الحكم منشور فى:

Clunet 1977, PP. 364 - 366, N° 54 - 56.

وفى نفس الاتجاه انظر أيضا: حكم تحكيم ليامكو:

Rev. Arb., 1980, P. 135.

وأيضا حكم تحكيم أرامكو:

Rev. Crit., P. 306 etSS. Spéc. P. 312.

وقد ذهب جانب من الفقه(١) - وبحق - إلى أن التفرقة بين عقود القانون الخاص وعقود القانون العام والتى تأخذ بها بعض الأنظمة القانونية كالنظام الفرنسى وبعض الأنظمة المتأثرة به. يقتصر مجال إعمالها على المعاملات الداخلية المحضة. أى العقود التى تتم داخل الدولة الواحدة. وإعمالها على العقود المبرمة بواسطة الدولة والأشخاص العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية. أى فى إطار المعاملات الدولية الخاصة. يعنى تطبيقها خارج النطاق الذى وضعت له أصلا وهو النظام القانونى الداخلى. ففى اطار المعاملات بالدولية الخاصة. فإن المشكلة التى يثيرها العقد الدولى هى معرفة القانون واجب التطبيق عليه. فإذا ما تم معرفة هذا القانون. فإن تحديد ما إذا كان العقد إداريا من عدمه يتم الفصل فيها تبعا للمبادىء السائدة فى هذا القانون وما إذا كان يأخذ بمثل هذه التفرقة أم لا.

نخلص مما تقدم إلى أن عقود البترول بصورتها الحالية لا يمكن اعتبارها عقودا إدارية وفقا للمفهوم السائد فى القانون الإدارى. ومن ثم فإن الاستناد إلى الطبيعة الإدارية لعقود البترول لا تصلح أساسا لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

ثانيا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة:

ذهب جانب من الفقه(٢) إلى القول بأن القرارات الصادرة من الجمعية

---

(١) انظر:

BERLIN (D.), Op. Cit., P. 56 etSS.

(٢) انظر: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٦٢٨ - ٦٢٩. وانظر فى نفس المعنى:

Bogouslavsky, Op. Cit., P. 309.

حيث يقول:

«De la souveraineté de l'État sur ses ressources Naturelles, il découle que toutes les questions d'exploitation des dites ressources, de définition des -

العامة للأمم المتحدة والمتعلقة بالسيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية، والتنمية الاقتصادية للدول الآخذة في النمو تقدم أساسا قانونيا جديدا لتطبيق القانون الوطني للدولة الطرف على عقود الاستثمار المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي والتي تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية لهذه الدول. إذ أنه طبقا لهذه القرارات، فإن قانون الدولة الطرف يطبق على هذه العقود ليس بالضرورة بناء على النظرية التقليدية التي تقضي بأن العقود المبرمة بين أطراف ليس جميعها من أشخاص القانون الدولي يجب أن يحكمها القانون الوطني، ولكن على أساس حقوق السيادة التي للدولة الطرف على ثرواتها الطبيعية كما يحددها القانون الدولي، ومن أجل زيادة التنمية الاقتصادية لهذه الدولة بصفة عامة، وتنمية الموارد الطبيعية التي يشملها الاتفاق بصفة خاصة.

وتبدأ مقدمات هذا الاتجاه المدافع عن خضوع العقود المتعلقة باستغلال الموارد الطبيعية بما في ذلك عقود البترول، للقانون الوطني للدولة

- formes et conditions d´une telle expoitation relèvent exclusivement de la compétence du dit État. il en dérive également le droit de l'État d´accorder des concessions aussi bien `a ses citoyens qu´ `a des personnes étrangères, ainsi que le droit de modifier et de résilier avant son expiration un contrat de concession. la question de la fin d´une concession doit être tranchée en premier lieu sur la base de la législation interne de l'État qui `a octroyé la concession. Pour cette raison, en vertu des principes de droit international, la réglementation des contrats de concession appartient au domaine du droit interne et non `a celui du droit international.»

ولراجع في هذا الاتجاه: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٤٤١ ومابعدها.

المتعاقدة مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) الصادر فى ١٤ ديسمبر ١٩٦٢ والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية(١). فقد نصت المادة الثانية من هذا القرار على أن استغلال وتنمية هذه الموارد والتصرف فيها، وكذلك استيراد رأس المال الأجنبى اللازم لهذه الأغراض. يجب أن يتم طبقا للقواعد والشروط التى تعتبرها الشعوب والأمم ضرورية أو مرغوبا فيها بالنسبة إلى الإذن بتلك النشاطات أو تقييدها أو حظرها.

كما نصت المادة الرابعة من هذا القرار على حق الدول فى التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة مع مراعاة أن يكون ذلك على أساس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المسلم بأولويتها على المصالح الفردية أو الخاصة، الأجنبية والوطنية. على أن يدفع للمالك فى مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية فى الدولة التى تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها، ووفقا للقانون الدولى.

وإذا كان هذا القرار قد أشار إلى القانون الدولى، بيد أن هذا القانون الأخير لم ترد له أية إشارة فى القرارات الأخرى الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

فقد نصت المادة الرابعة من القرار رقم (٣٢٠١) الصادر فى أول مايو سنة ١٩٧٤، والمتعلق بإنشاء نظام إقتصادى عالمى جديد(٢)، على حق

---

(١) راجع نص القرار والتعليق عليه: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٢١٦ ومابعدها؛ د. حسن عطية: المرجع السابق، ص ١١٨ ومابعدها. وانظر فى مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية:

Fischer (G.), La souverainete sur les ressoures Naturelles, A.F.D.I., 1962, P. 516 etSS.; Elian (G.): Le principe de la souveraineté sur les ressources Nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international. Recueil des cours, 1976, P. 1 etSS.

(٢) راجع فى هذا القرار: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٢٢٦ ومابعدها، وحول انشاء نظام اقتصادى دولى جديد راجع:

FEUER (G.): Les Nations unies et le nouvel ordre économique international clunet 1977, P. 606 etSS.; CARREAU (D.): Le nouvel ordre économique international, clunet 1977, P. 595 etSS.

كل دولة فى السيادة الكاملة والدائمة على مواردها الطبيعية وكل الأنشطة الاقتصادية فيها. ولحماية هذه الموارد، يكون لكل دولة الحق فى ممارسة رقابة فعالة عليها وعلى استغلالها بالوسائل الأكثر ملاءمة بالنسبة لها، بما فى ذلك الحق فى التأميم أو نقل الملكية لمواطنيها. ويعد هذا الحق تعبيرا عن السيادة الكاملة والدائمة، ولا يجوز أن تخضع أى دولة فى ممارسته لأية ضغوط سياسية أو اقتصادية أو غيرها تحول دون ممارستها لهذا الحق.

كما نصت المادة الثانية من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣٢٨١) الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٤، والخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول(١) «أن لكل دولة الحق فى أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها، ولكن يتعين عليها فى هذه الحالة أن تقوم بدفع تعويض ملائم طبقا للقوانين واللوائح النافذة فيها. وفى كل حالة يثور فيها النزاع بشأن مسألة التعويض، يجب أن يحسم هذا النزاع بموجب القانون الوطنى للدولة التى اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول ومبدأ حرية اختيار الوسائل».

ومن الجدير بالذكر أن الحكومة الليبية قد تبنت هذا الاتجاه فى المنازعات التى ثارت بينها وبين الشركات الأجنبية على أثر قيامها بتأميم أموال هذه الشركات. فقد تمسكت الحكومة الليبية فى المذكرة التى قدمتها إلى رئيس محكمة العدل الدولية فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٧٤ بالقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وخصوصا القرار رقم (٣١٧١) الصادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٧٣، والقرار رقم (٣٢٠١) الصادر فى مايو سنة ١٩٧٤، السالف الذكر. فطبقا لوجهة نظر الحكومة الليبية فإن هذه

---

(١) راجع فى هذا القرار: د. حسن عطية: المرجع السابق، ص ١٤٢ ومابعدها. وانظر فى الاعلان الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول:

CASTAÑEDA (J.): La charte des droits et devoirs économiques des États, A.F.D.I., 1974, P. 54 etSS.

القرارات تستبعد اللجوء إلى القانون الدولى. وتعطى الاختصاص إلى قانون ومحاكم الدولة المضيفة وحدها. وقدرت الحكومة أن الحق فى التأميم ونقل ملكية الأموال الأجنبية إلى مواطنيها يعد تعبيرا عن السيادة الدائمة والكاملة للدولة على ثرواتها الطبيعية. فالأمر يتعلق إذن بحق لا يجوز التصرف فيه ولا يخضع فى ممارسته لأية ضغوط اقتصادية أو سياسية أو غيرها(١).

ولقد تبنت هذا الاتجاه أيضا حكومة الكويت فى نزاعها مع شركة أمينويل. فقد تمسكت حكومة الكويت بأن حق السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية أصبح قاعدة آمرة تحظر على الدول أن تمنح عن طريق العقد أو المعاهدة أية ضمانات تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية(١).

تقدير هذا الاتجاه:

ينبغى لتقدير هذا الاتجاه التعرف على القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بصفة عامة. حيث أن السؤال الذى يطرح نفسه هو هل تتمتع هذه القرارات بالقوة القانونية الملزمة للدول؟ وبعبارة أخرى هل تعد هذه القرارات بمثابة قواعد قانونية ملزمة للدول الأعضاء فى منظمة الأمم المتحدة؟ بيد إن الإجابة على هذا السؤال تقتضى بحث مسألة ما إذا كان للجمعية العامة سلطة تشريعية، وهو الأمر الذى يتجاوز نطاق هذه الدراسة. ولذلك يكفى فى هذا الخصوص الإشارة إلى أنه وفقا للقواعد التقليدية فى القانون الدولى العام، فإن هذه القرارات، من حيث الشكل، عبارة عن مجرد توصيات ليست لها القوة الملزمة للدول كما أنها غير مصحوبة بجزاء(٢).

---

(١) راجع تحكيم تكساكو: Clunet, 1977, P. 374, N° 80.

(٢) راجع تحكيم أمينويل: Clunet, 1982, P. 893.

(٢) انظر: Leboulanger (Ph.), Op. Cit., P. 176, N° 328

ومع ذلك يذهب جانب من الفقه(١) إلى أنه من غير المتنازع فيه أن قرارات الجمعية العامة تعد التزامات ذات طبيعة قانونية. ولكن المشكلة لا تكمن فى الطابع الالزامى لهذه القرارات بقدر ما تكمن فى وضع هذه القرارات موضع التنفيذ. فالقاعدة التى لا يتم تطبيقها لا تعد قاعدة قانونية. ومن الثابت أن القانون الدولى العام المعاصر لا يلزم الدول مطلقا بتنفيذ القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. فكما هو معروف فإن القرارات الصادرة عن مجلس الأمن فقط هى التى يتم تنفيذها.

ولقد عرضت مسألة القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أمام محاكم التحكيم. ويعد تحكيم تكساكو من أهم التحكيمات التى تعرضت لهذه المسألة.

فلقد ذهب الأستاذ «ديبوى» إلى أن القرارات المختلفة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها قيمة قانونية متساوية. فهذه القيمة يجب أن تقدر وفقا لمعيارين: معيار شروط التصويت من ناحية، ومعيار النصوص التى تضمنتها هذه القرارات من ناحية أخرى. وإعمالا للمعيار الأول فإن القرار رقم ١٨٠٣ الخاص بالسيادة الدائمة للدول على الموارد

---

(١) انظر:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 177, N° 330.

حيث يقول:

«il ne semble pas contestable que les résolutions constituent des obligations de Nature juridique. Mais ce n'est pas tant au plan de leur caractère obligatoire ou contraignant qu'à celui de leur caractère exécutoire que se pose la question du caractère normatif de ces textes. une règle que n'est pas appliquée n'est déja plus une règle de droit. or, le droit international public contemporain n'impose nullement aux États d'exécuter les résolutions de l'assemblée générale des Nations unis. seules les décisions du conseil de sécurite, on le sait, sont exécutoire».

الطبيعية تم اتخاذه بأغلبية ساحقة وتمت الموافقة عليه من قبل الدول المختلفة. ومن ثم فإن هذا القرار يعكس حالة القانون العرفى إذ وافقت عليه دول العالم الثالث والدول الغربية المتقدمة بما فى ذلك الولايات المتحدة الأمريكية.

على العكس من ذلك فإن شروط التصويت على القرارات الأخرى (القرار رقم ٣١٧١، ٣٢٠١، ٣٢٨١)، تظهر أن هذه القرارات لم تلق ذات التأييد الذى حصل عليه القرار رقم ١٨٠٣. ويرجع ذلك إلى أن هذه القرارات أخضعت مسألة التعويض للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة، دون أن تتضمن أى إشارة إلى القانون الدولى، مما أدى إلى امتناع كثير من الدول الصناعية الكبرى عن التصويت عليها، وتصويت البعض الآخر ضدها.

وهكذا، فرق الأستاذ ديبوى - إعمالا لمعيار شروط التصويت - بين القرار رقم (١٨٠٢) المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية من ناحية، والقرارات المتعلقة بالنظام الاقتصادى الدولى الجديد، وذلك الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، والذى يظهر من التصويت عليها عدم موافقة الدول فى مجموعها على الأحكام الأكثر أهمية فيها وخاصة تلك التى تتعلق بالتأميم. وقرر أن القرار رقم (١٨٠٢) هو وحده الذى يتمتع بقيمة القانون الدولى الوضعى.

وإعمالا للمعيار الثانى المتمثل فى تحليل النصوص التى تضمنتها هذه القرارات، قرر الأستاذ ديبوى أن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول يشكل إعلانا سياسيا أكثر منه قانونيا، ويدخل فى إطار استراتيجية التنمية، وتمت الموافقة عليه بواسطة الدول غير الصناعية وحدها.

وبناء على ما تقدم، انتهى الأستاذ «ديبوى» إلى أن الدولة ذات السيادة والتى لها الحق فى التأميم لا يمكنها أن تتجاهل التعهدات التى التزمت بها كدولة متعاقدة(١).

---

(١) راجع: Clunet 1977, P. 376 etSS. N° 83 etSS

ومن الواضح أن مثل هذا النهج الذى اتبعه الأستاذ «ديبوى»، والذى يجبر الفرد على أن يقوم بعمليات حسابية - لتحديد الأصوات المؤيدة والأصوات المعارضة والممتنعة - من أجل تحديد القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة - يعد منهجا غير مناسب لتطور القانون الدولى العام، والذى يجب الاعتراف بأنه لا زال بعيدا عن أن يصل إلى درجة النضج الكامل فى هذا المجال(١).

ولعل الهدف الحقيقى الذى يكمن وراء اتباع الأستاذ «ديبوى» لهذا النهج هو الوصول إلى نتيجة محددة سلفا وهى تطبيق القانون الدولى العام على العقد محل النزاع ... فالقرار الوحيد الذى يتضمن الإشارة إلى القانون الدولى إلى جانب قانون الدولة المضيفة هو القرار رقم ١٨٠٣ المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية دون بقية القرارات الأخرى الصادرة عن الجمعية العامة، ولذلك فإنه اتبع هذا النهج من أجل الاعتراف لهذا القرار وحده بقيمة القانون الدولى الوضعى(٢).

ولقد تعرض المحكم «محمصانى» فى قضية ليامكو لمسألة القيمة القانونية للقرارات المذكورة. وقد انتهى إلى أن هذه القرارات المذكورة وإن

---

(١) انظر:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 178, N° 331.

حيث يرى:

«il est clair qu' un tel système, qui oblige l'interprète à se livrer à des opérations mathématiques pour apprécier la valeur juridique d'un texte, est peu propice au développement du droit international public qui, il faut bien l'admettre, est encore loin en ce domaine d'être parvenu à un degré de maturité suffisant».

(٢) للمزيد من الانتقادات التى وجهت إلى حكم تكساكو فى هذا الخصوص راجع: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٤٥٦ ومابعدها؛ وراجع أيضا:

RIGAUX (F.), Des dieux ...., Op. Cit., PP. 439 - 441, N° 7 et, P. 451 - 452, N° 20.

لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون، فإنها على الأقل تعد دليلا على الاتجاه المسيطر لدى الرأى العام العالمى المتعلق بحق الدول فى السيادة على ثرواتها الطبيعية، وأن هذا الحق يخضع دائما لمبدأ احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض(١).

وفى قضية أمينوئيل، رفضت محكمة التحكيم وجهة النظر التى تمسكت بها الحكومة الكويتية التى مفادها - كما سبق أن رأينا - أن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية أصبحت قاعدة آمرة تحظر على الدول أن تمنح، سواء بموجب العقد أو المعاهدة، أية ضمانات أيا كان نوعها تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية، وذلك بقولها «حتى إذا كان القرار ١٨٠٣ الصادر عن الجمعية العامة يعكس الوضع الراهن للقانون الدولى، فإن القرارات اللاحقة عليه لا تتمتع بنفس القوة. وحتى إذا كانت بعض الأحكام التى تضمنتها هذه القرارات يمكن اعتبارها مقننة لقواعد تعكس ما يجرى عليه العمل على الصعيد الدولى، فإنه من غير الممكن أن يستخلص من ذلك وجود قاعدة من قواعد القانون الدولى الآمرة تحظر على الدولة أن تتعهد بعدم إجراء أية تأميمات خلال فترة معينة. فقد يكون من المفيد للدول المضيفة أن يكون لها القدرة على أن تتعهد بعدم تأميم مشروع أجنبى معين خلال فترة زمنية محددة. ولا توجد أية قاعدة فى القانون الدولى العام تمنعها من ذلك(٢).

ويبدو لنا أن محكمة التحكيم تعترف بالقيمة القانونية للقرارات محل البحث، وذلك من خلال تأكيدها على حق الدول فى السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، وحقها فى التأميم، بيد أنها لم تذهب إلى حد اعتبارها متضمنة لقواعد قانونية آمرة لا يجوز للدولة الاتفاق على مخالفتها.

على أية حال، وأيا كانت القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن

---

(١) انظر هذا الحكم فى: Rev. Arb., 1980, P. 157.

(٢) انظر: Clunet, 1982, P. 893.

الجمعية العامة للأمم المتحدة. فإنه يبدو لنا أنه إذا كانت هذه القرارات تقرر سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية، وحرية التصرف فيها. بيد أن ذلك لا شأن له بمسألة القانون واجب التطبيق على العقود المتعلقة باستقلال هذه الثروات والتى تبرمها الدولة وفقا لما لها من سيادة عليها. إذ أن مسألة تحديد القانون الذى يحكم العقد تخضع للمعايير والضوابط المتعارف عليها فى القانون الدولى الخاص. ولا شأن لقرارات الجمعية العامة بها.

ثالثا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون:

بعد أن أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولى فى قضيتى القروض الصربية والبرازيلية فى سنة ١٩٢٩ على أن كل عقد لابد وأن يخضع بالضرورة إلى القانون الداخلى لدولة ما. وذلك عندما قضت بأن «كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولى، يجد أساسه فى القانون الداخلى لدولة ما»، أكدت المحكمة أيضا على وجود قرينة لصالح تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة وذلك فى حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف لنظام قانونى وطنى آخر. وذلك بقولها «إن الدولة ذات السيادة لا يمكن افتراض أنها قد أخضعت جوهر دينها وصحة التزاماتها المكلفة بها فى هذا الصدد لقانون آخر غير قانونها»(١).

ويستفاد من هذا القضاء أن المحكمة الدائمة للعدل الدولى على الرغم من أنها قد أقرت صراحة أن تحديد القانون الوطنى واجب التطبيق على هذا النوع من العقود يتم وفقا لقواعد القانون المعروف باسم القانون الدولى الخاص أو نظرية تنازع القوانين. بيد أنها لم تذهب إلى حد إخضاع هذه

---

(١) انظر:

Clunet 1929, P. 977 etSS. Spéc P. 1077.

حيث يقول الحكم:

«un Etat souverain qui ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité de ses engagements pris par lui à ce sujet, à une loi autre que sa propre loi».

العقود للقانون الوطنى الذى تشير إليه هذه القواعد. بل أخضعت هذه العقود للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة وذلك على أساس وجود قرينة مستفادة من مجرد وجود الدولة كطرف فى العقد لصالح تطبيق قانون هذه الدولة.

وقد اعتنق القضاء الوطنى فى بعض البلدان، فى بادىء الأمر، نفس الحل الذى تبنته المحكمة الدائمة للعدل الدولى.

ففى فرنسا، أخذت محكمة النقض الفرنسية، منذ القرن الماضى، بهذه القرينة وذلك عندما قضت فى حكمها الصادر سنة ١٨٤٩ بأن «كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة»(١). كما أخذت بها أيضا محكمة استئناف باريس، فقد قضت فى حكمها الصادر فى ٥ يناير لسنة ١٩٢٨ بأن «كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة، يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة»(٢).

وقد أشار إلى وجود هذه القرينة حكم تحكيم أرامكو، وذلك عندما ذهبت محكمة التحكيم إلى أن القانون النافذ فى المملكة العربية السعودية هو القانون واجب التطبيق على عقد الامتياز من حيث الموضوع، وذلك على أساس أن هذه الدولة تعد طرفا فى العقد بصفتها مانحة وأنه من المسلم به فى القانون الدولى الخاص أن الدولة ذات السيادة يفترض، إلى أن يثبت عكس ذلك، أنها قد قبلت خضوع الالتزامات التى أبرمتها لقانونها الوطنى(٣).

(١) راجع فى هذا الحكم:

RIAD (F.), L'entreprise publique et ... Op. Cit., P. 638; LEDUCQ (X)., Op. Cit., P. 195. N° 288.

(٢) راجع فى هذا الحكم :

LALIVE (P.), L'État en tant que ... Op. Cit., P. 343 N° 49.

(٣) انظر الحكم منشور فى:

Rev. Crit. 1963, P. 272, Spéc. P. 284.

حيث يذكر الحكم:

«Le droit en vigueur dans l'Arabie saoudite est en autre applicable à la concession, quant au fond, pour la raison que cet État est partie au contrat en qualité de concédant et qu'il est universellement admis en droit international privé qu'un État souverain est présumé, Jusqu'à preuve du contraire, avoir soumis les engagements qu'il a conclus à sa loi propre».

بيد أن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد الشديد من جانب غالبية الفقهاء. فقد ذهب البعض(١)، إلى أن قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولى قد تم تجاوزه بالتطورات اللاحقة ولم يعد يستجيب للحاجات الحالية للتجارة الدولية. وإذا كان حقيقيا أنه من غير الممكن افتراض قبول الدولة إخضاع العقد المبرم بواسطتها لقانون دولة أخرى أو للمبادىء العامة للقانون أو للقانون الدولى العام، فكذلك الشىء أيضا من غير الممكن افتراض قبول الشركة الخاصة الأجنبية التى تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة، لاسيما وأن قبول الشركة الخاصة الخضوع لسلطان هذا القانون يعرضها لمخاطر السيادة Aléa de souveraineté. وإذا كان قانون الدولة المتعاقدة غالبا ما يعتبر، فى الواقع العملى، هو القانون واجب التطبيق، فإن ذلك لا يرجع إلى وجود قرينة على تطبيق قانون هذه الدولة نظرا لصفتها كدولة، وإنما يرجع إلى طبيعة العقد ذاته والذى يتركز تنفيذه، على الأقل فى الجانب الأعظم منه، على إقليم هذه الدولة. فقانون الدولة المتعاقدة يكون واجب التطبيق فى مثل هذه الأحوال باعتباره قانون محل التنفيذ Lex loci executions.

وباختصار فإن كون أحد الأطراف دولة ذات سيادة - وفقا لهذا الرأى - لا يمثل فى حد ذاته قرينة على تطبيق قانون هذا الطرف، ولا يعد حتى مجرد إشارة ذات دلالة قوية فى هذا الصدد.

ويرى هؤلاء أن رفض وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يعد متناقضا مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٤٢) من اتفاقية البنك الدولى بشأن تسوية منازعات الاستثمار بقولها أنه «فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق، تطبق

---

(١) راجع:

LALIVE (P.), L'État en tant que ... Op. Cit., PP. 342 - 343, N° 47 - 48.

وفى نفس المعنى أيضا:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., PP. 204 - 205, N° 373.

محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع - بما فى ذلك قواعد تنازع القوانين - وكذلك مبادىء القانون الدولى فى هذا الخصوص». واستندوا فى ذلك على أمرين: ١- إن إشارة النص إلى قانون الدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع قد تضمنت صراحة قواعد تنازع القوانين فى هذه الدولة، مما قد يترتب على تطبيقها الإحالة إلى قانون آخر سواء أكان قانون الدولة التى ينتمى إليها الطرف الخاص الأجنبى أو قانون دولة ثالثة. ٢- إن الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة يمكن تبريرها بفكرة الاسناد إلى مكان التنفيذ الرئيسى، أى باعتبار أن قانون هذه الدولة يعد قانون البلد الذى ينفذ فيه العقد بصفة رئيسية. هذا بالإضافة إلى إشارة النص إلى تطبيق مبادىء القانون الدولى فى هذا الخصوص على قدم المساواة مع قانون الدولة المتعاقدة.

كما رفض البعض الآخر(١) التسليم بوجود مثل هذه القرينة ووصفها بأنها غير منطقية، وذلك لأن الدولة عند إبرامها لهذه العقود تتعاقد ليس بوصفها من أشخاص القانون الدولى، بل باعتبارها مجرد شخص عادى. فالدولة، فى هذه العقود، تتعاقد على قدم المساواة مع الشخص الخاص. ومن ثم لا يكون هناك أى مبرر لإعطاء أفضلية لقانون هذه الدولة الطرف. كما لاحظ هؤلاء أن اختصاص قانون الدولة المتعاقدة فى قضية القروض الصربية والبرازيلية كان مبنيا على حجة أكثر إقناعا هى أنه فى حالة عقد القرض فإن مسألة القانون واجب التطبيق تواجه بمشكلة تعدد الأشخاص حاملى الأسهم، وبالتالى تعدد الجنسيات، وأن الشخصية الوحيدة المحددة هى شخصية المقترض. وبناء عليه فإن اختصاص قانون الدولة الطرف فى العقد لم يكن مبنيا على كونه قانون الدولة المتعاقدة بقدر ما كان مبنيا على كونه قانون الطرف المقترض.

(١) انظر:

BERLIN (D.), Op. Cit., PP. 36 - 37.

«elle est tout d'bord illogique, ..., ce Sont des contrats que l'État 'a conclus, non en tant que sujet du droit international, mais «comme un simple particulier»: il a 'donc entendu contracter sur un pied d'égalité avec la personne privée, et on ne voit pas très bien pourquoi il devrait exister une préférence pour la loi de l'État partie».

ويرفض جانب من الفقه فى مصر(١) - ممن تعرضوا لهذه المسألة - وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، ويرون عدم الخروج عن القواعد المتبعة فى تحديد القانون واجب التطبيق بالنسبة للعقود بصفة عامة، أى العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة. فكون الدولة طرفا فى العقد لا يؤدى بالضرورة إلى افتراض أن يكون هذا العقد محكوما بقانون هذه الدولة. فالدولة التى تتعاقد على قدم المساواة مع الأفراد العاديين لا يجوز لها أن تتمسك بحصانة تشريعية تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها، إذ أن فى ذلك خرق لمبدأ المساواة بين الأطراف فى العقد. وإذا كان كل من الفقه والقضاء الحديث قد استقر على حرمان تمسك الدولة بحصانتها القضائية فى المنازعات الناشئة عن أنشطتها ذات الطبيعة الخاصة. فلم يعد من المقبول بعد ذلك تخويل الدولة حصانة تشريعية فى هذا الخصوص. فمما لا شك فيه أن الاعتبارات التى أملت على كل من الفقه والقضاء الحديث حرمان الدولة من التمسك بالحصانة القضائية فى مجال معاملات القانون الخاص تصلح بدورها كأساس لحرمانها من حصانة مماثلة فى نطاق الاختصاص التشريعى.

الخلاصة أن الاتجاه السائد فى الفقه لا يسلم بوجود أى قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مستفادة من مجرد وجود الدولة كطرف فى العقد. ويرى خضوع هذه العقود للقواعد المتبعة فى تحديد القانون

---

(١) انظر:

RIAD (F.), L´entreprise publiq.ie ... Op. Cit., PP. 639-640.

أ.د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوسيط فى القانون الدولى الخاص ....، المرجع السابق، ص ص ٢١٠ - ٢١١، بند ٢٨١، أ.د. عزالدين عبدالله، القانون الدولى الخاص ....، المرجع السابق، ص ٤٦٥، بند ١٢٥ مكرر، أ.د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٧١٥. عكس ذلك انظر: أ.د. سامية راشد، دور التحكيم فى تدويل العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، خصوصا ص دد ومابعدها، بند ٢٢ ومابعده.

واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة بصفة عامة.

كما أن القضاء الحديث فى العديد من البلدان قد رفض التسليم بوجود مثل هذه القرينة ولم يعتبر وجود الدولة كطرف فى العقد على أنه قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة. فقد ألغت غرفة اللوردات بانجلترا بموجب حكمها الصادر فى عام ١٩٢٧ حكم محكمة الاستئناف الذى طبق القانون الانجليزى على العقد المبرم بواسطة الحكومة البريطانية، وقررت أن مجرد كون العقد مبرما بواسطة الدولة لا يمثل قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة (١).

كما أن محكمة النقض الفرنسية قد عدلت عن موقفها السابق، وقضت فى حكمها الصادر فى ٣١ مايو لسنة ١٩٣٢، بعدم وجود أى قرينة خاصة تطبق على العقود المبرمة بين دولة ما وأحد الرعايا الأجانب. وذلك عندما تدخل هذه العقود، بطبيعتها وبالشكل الذى أبرمت فيه على حد سواء، ضمن طائفة اتفاقات القانون الخاص والمشابهة للاتفاقات التى تبرم بين الأشخاص الخاصة (٢).

وقد سارت فى نفس الاتجاه محكمة استئناف باريس، ففى حكمها الصادر فى ١٠ ابريل سنة ١٩٥٧ فى قضية Myrtoon Steamship، أقرت بأن وجود الدولة الفرنسية كطرف فى عقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولى لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسى، حيث أن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تكون، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، مشابهة للعقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة وذلك عندما يكون لهذه العقود طابع عقود القانون الخاص(٣).

---

(١) راجع فى ذلك:
RIAd (F.), L'entreprise publique ... Op. Cit., P. 638-639.

(٢) راجع: Leducq (X.), Op. Cit., P. 198.

(٣) انظر:
Cour d'appel de Paris, 10 Avril 1957, Clunet 1958, P., 1002 etS. Spéc. P. 1008, note B. Goldman.

وبالانتهاء من عرض هذا الرأى الأخير، نكون بذلك قد انتهينا من عرض الاتجاه الذى ينادى بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على عقود البترول. ونعرض فى الصفحات التالية للاتجاه الثانى الذى ينادى بإخضاع هذه العقود للقانون الدولى العام.

المطلب الثانى

إخضاع عقود البترول للقانون الدولى العام

يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع العقود المبرمة بواسطة الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية، كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول، للقانون الدولى العام. بيد أن الحجج والأسانيد التى يستندون إليها تختلف من فقيه إلى آخر. ويمكن فى هذا الصدد التمييز بين ثلاثة أراء: الرأى القائل بإخضاع العقد للقانون الدولى العام إستنادا إلى قواعد القانون الدولى الخاص. والرأى القائل بإخضاع العقد للقانون الدولى العام باعتباره معاهدة دولية. وأخيرا، الرأى القائل بإخضاع العقد للقانون الدولى باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد.

ونعرض فيما يلى لهذه الأراء تباعا.

- «on ne saurait objecter que la présence de l'État Français aurait eu pour conséquence nécessaire l'adoption de la loi Française; Qu'en effet les contrats conclus entre l'État et les ressortissants étrangers sont, relativement à la loi applicable, assimilables aux contrats entre particuliers lorsqu, ils présentent les caractères d'une convention de droit privé».

وفى نفس الاتجاه انظر:

Cour d'appel de Paris, 19 Fevrier 1968, Clunet 1968, P. 336.

أولا: الرأى القائل باخضاع العقد للقانون الدولى العام إستنادا إلى قواعد القانون الدولى الخاص:

يعتبر الفقيه «MANN»(١) من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق القانون الدولى العام على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة - بما فى ذلك عقود البترول - وذلك اعمالا لمبدأ سلطان الإرادة المقرر فى القانون الدولى الخاص.

ولقد بدأ الفقيه «MANN»، فى سبيل تدعيم وجهة نظره، ببيان أن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية، وخاصة الدول، تخضع بدون شك من حيث المبدأ للقانون الدولى العام(٢). ولكن على الرغم من أن الأشخاص الدولية تتعاقد عادة فى نطاق القانون الدولى العام، إلا أنه لا توجد أى قاعدة قانونية تحظر عليهم إخضاع معاملاتهم لنظام قانونى وطنى من اختيارهم(٣).

ولقد أراد الفقيه من ذلك أن يصل إلى نتيجة معينة أعرب عنها بعد ذلك وهى أن العقود المبرمة بين شخص دولى من ناحية، وشخص طبيعى أو قانونى تابع لنظام قانونى وطنى من ناحية أخرى، تكون محكومة كقاعدة بواسطة نظام قانونى داخلى مختار بواسطة الأطراف(٤). ومع ذلك، فإنه من الممكن بالنسبة لهذه العقود التى يكون أحد أطرافها فقط من أشخاص القانون الدولى، أن تخضع للقانون الدولى العام(٥).

وقد ذهب الفقيه - فى سبيل الرد على الاعتراض المتمثل فى أن

٢+

(١) راجع:

MANN (F.A.), The proper law of contracts concluded by international persons, B.Y.B.I.L., 1959 (35). P. 34.

(٢) راجع: MANN (F.A.), Op. Cit., P. 34.

(٣) انظر: .Ibid. P. 38.

(٤) راجع: Ibid. (F.A.), Op. Cit., P.41.

(٥) انظر: Ibid, P. 43.

القانون الدولى العام لا يتضمن بعد القواعد القانونية التى تحكم العقود - إلى تطبيق المبادىء القانونية التى تحكم المعاهدات، وخاصة المعاهدات التجارية Commercial treaties، المبرمة بين الأشخاص الدولية. مبررا ذلك بقوله «أن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية والأشخاص الخاصة لا تختلف كثيرا، من حيث طبيعتها وموضوعها، عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدولية(١).

ولقد بنى الفقيه وجهة نظره فى تدويل هذا النوع من العقود وإخضاعها للقانون الدولى العام على أساس نظرية القانون المناسب The doctrine of the proper law فى القانون الدولى الخاص. فهو يرى أن مسألة ما إذا كان من الجائز، وفى ظل أية ظروف، للشخص الدولى والشخص الخاص اخضاع عقدهما للقانون الدولى العام، أمر يتعلق بنظرية القانون المناسب فى القانون الدولى الخاص، أكثر من تعلقه بالقانون الدولى العام ذاته. وإذا كانت هناك قيود تحد من حرية الأطراف فى الاختيار، وتناولها العديد من الفقهاء، بيد أن أيا من هؤلاء لم يستبعد حرية الأطراف فى اختيار القانون الدولى العام وخاصة عندما يكون العقد مبرما مع أحد أشخاص القانون الدولى، وعندما تقضى طبيعة الأشياء بأن تكون هناك علاقة وثيقة بالقانون الدولى العام(٢).

ويرى الفقيه أنه لا يجب النظر إلى مسألة اختيار القانون الدولى العام ليحكم العقد من خلال الواقع المتمثل فى أن هذا القانون عادة ما ينظم العلاقات بين الأشخاص الدولية. إن القانون السويسرى باعتبار أنه نظام سويسرى داخلى، ينظم العلاقات القانونية بين المواطنين السويسريين، أى العلاقات الداخلية السويسرية. ومع ذلك إذا أخضع شخص انجليزى وشخص إيطالى عقدهما للقانون السويسرى، فليس هناك شك فى أن هذا النظام القانونى ينطبق على العلاقات العقدية بين الانجليزى والايطالى بموجب

---

(١) انظر: Ibid. PP. 43 - 44.

(٢) انظر: Ibid. PP. 45 - 46.

اختيارهما لهذا القانون. كما أنه ليس من المشكوك فيه، لنفس السبب، أن القواعد القانونية الواردة فى القانون الانجليزى أو الإيطالى لا تؤثر فى عقد يحكمه القانون السويسرى، ولكن تؤثر فيه القواعد القانونية السويسرية السابقة أو اللاحقة على ابرام العقد(١).

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن الفقيه قد سعى إلى تبرير وجهة نظره التى تقضى بإخضاع العقد للقانون الدولى قائلا «يكمن التبرير الحقيقى لامكانية تدويل هذه العقود فى متطلبات المعاملات الدولية. حيث أن هناك بعض الحالات التى لا تجد حلا عمليا لها فى غير اختيار القانون الدولى العام. وخصوصا أن الدول عادة ما تكون غير مؤهلة للخضوع لقانون أجنبى. بينما الأشخاص الخاصة إما أن يكونوا رافضين الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة أو يكونوا راغبين فى ذلك، ولكنهم يحتجون بعدم وجود مثل هذا القانون. وتثور هذه المشكلة بالنسبة لبعض الدول المتخلفة فى الشرق الأوسط وأفريقيا. وفى مثل هذه الظروف، فإن الإشارة إلى القانون الدولى العام تعد الوسيلة الفعالة لمواجهة هذه الظروف الواقعية. وتوفق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادى متقدم»(٢).

خلاصة هذا الرأى أنه لما كان للأطراف الحق فى اختيار القانون واجب التطبيق على العقد إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وهو مبدأ معمول به فى معظم الأنظمة القانونية، فإنه بامكان الأطراف توجيه هذا الاختيار نحو القانون الدولى العام، واختياره كنظام قانونى ليحكم العقد. وإذا كان من المؤكد أن القانون السويسرى قد وضع أصلا ليحكم العلاقات الناشئة بين السويسريين، وإذا كان من المؤكد أيضا أن القانون الدولى العام يختص بتنظيم العلاقات فيما بين الدول، بيد أنه ليس هناك ما يمنع أن العقد المبرم بين انجليزى وايطالى يخضع لأحكام القانون السويسرى إذا ما انصرفت إليه إرادة الأطراف، وبالمثل فإن كون أحد الأطراف فى العقد ليس من أشخاص

---

(١) راجع: MANN (F.A.), Op. Cit., P.45.

(٢) انظر: Ibid. P. 46.

القانون الدولى لا يمنع من خضوع العقد للقانون الدولى العام إذا ما انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة.

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن غالبية الفقهاء(١) أعضاء اللجنة الواحد والعشرين المخصصة لبحث مسألة النظام القانونى الذى يحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية قد أعربوا - أثناء اعمال مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧ - عن موافقتهم على جواز اتفاق الأطراف على اختيار القانون الدولى العام باعتباره القانون الذى يحكم العقد. ولقد أيد الأستاذ VAN HECK مقرر اللجنة هذا الاتجاه مستندا فى ذلك على أعمال اللجنة الرابعة المخصصة لمناقشة العقود المبرمة بين المنظمات الدولية والأشخاص الخاصة والتى لم تواجه أية صعوبات فى الاعتراف للمنظمات الدولية بالحق فى اختيار القانون الدولى العام كقانون واجب التطبيق على العقود التى تبرمها مع الأشخاص الخاصة. فطالما قد تم الاعتراف للمنظمات الدولية بالقدرة على اختيار القانون الدولى العام، فلا يجب رفض الإعتراف بمثل هذه القدرة بالنسبة للدول فى معاملاتها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية(٢).

وفى ضوء ذلك، فإن المادة الثانية من التوصيات التى أصدرها مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ قد أجازت للأطراف اختيار القانون الدولى كقانون واجب التطبيق على العقد(٣).

---

(١) انظر اجابة كل من: DOEHRING, FELICIANO, JESSUP, P. LALIVE, MANN MONACO, WORTLEY على السؤال رقم (١٩) الذى طرحه مقرر اللجنة والذى يتعلق بمدى جواز اخضاع الأطراف العقد للقانون الدولى العام: راجع ذلك فى:

A.I.D.I., 1977, P., 216, P. 221, P. 223, P. 226, P. 230, P. 244.

(٢) انظر: A.I.D.I., 1977, P. 194.

(٣) راجع التوصيات منشورة فى: A.I.D.I., 1979, P. 192.

تقدير هذا الرأى:

تعرض هذا الرأى للعديد من الانتقادات التى يمكن أن نوجزها فيما يلى:

١ - إن تطبيق القانون الدولى العام على هذا النوع من العقود بناء على نظرية القانون المناسب فى القانون الدولى الخاص أمر يصعب الموافقة عليه. ذلك أن قواعد تنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص فى الدول المختلفة تهدف إلى حسم التنازع بين القوانين الوطنية التى تتزاحم فيما بينها لحكم العلاقة التعاقدية. فهذه القواعد تفترض أنه أيا كان القانون واجب التطبيق فإنه لن يخرج عن كونه أحد القوانين الوطنية(١). كما أنه من غير المقبول أن يدخل القانون الدولى العام فى حالة تنازع مع القوانين الوطنية.

٢ - إن القانون الدولى العام لا يمكنه أبدا أن يكون القانون المناسب لحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية. وفى هذا الصدد، ذهب الفقيه «SERENI»(٢)، إلى القول: «إن قواعد هذا القانون لا تسرى إلا على العلاقات التى تتم بين أشخاصه. فكل قاعدة قانونية فى نظام قانونى معين تميز المخاطبين بها سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، وذلك بالإضافة إلى قواعد أخرى فى نفس النظام القانونى تحدد المخاطبين بها. ولذلك فإن هناك اتصالا وثيقا وضروريا بين جوهر القاعدة القانونية، أى الحق والواجب، والسلطة والاعباء الناتجة عنها، وأشخاص النظام القانونى الذى توجد فيه القاعدة. إن القواعد القانونية يتم صياغتها تبعا لطبيعة ونوعية واحتياجات وسلوك أشخاص النظام القانونى الذى تعد القواعد ذاتها جزءا منه. إن كل نظام قانونى هدفه تنظيم حالة وعلاقات الكيانات الاجتماعية التى وجد من أجلها».

---

(١) فى نفس المعنى راجع: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٥٨.

(٢) راجع:

SERENI (A. P.), international ecoNomic institutions and the municipal law of states, recueil des cours, 1959, tome 96, PP. 209 - 210.

وترتيبا على ذلك انتهى الفقيه إلى تشبيه تطبيق القانون الدولى العام على العلاقات الخاصة بتطبيق قانون الزوجية الفرنسى أو الانجليزى على العلاقة فيما بين الكلاب أو القطط(١).

٢ - إن القول بأن للأطراف الحق فى اختيار القانون الدولى العام كقانون يحكم العقد معناه أنه بمقدور الأشخاص الخاصة أن يعترفوا لأنفسهم بأنهم من أشخاص القانون الدولى وهو ما لايمكن قبوله. لأن القانون الدولى العام نفسه هو الذى يتولى تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه. وفى هذا الصدد، يرى الأستاذ BATIFFOL أنه من المشكوك فيه أن يكون للأشخاص الخاصة أن تعترف لنفسها بأنها من أشخاص القانون الدولى. فقواعد القانون الدولى العام هى التى تحدد من هم أشخاصه. فكما لا يجوز للأشخاص الذين لا يصدق عليهم وصف التجار اخضاع علاقاتهم للقانون التجارى. فلا يجوز كذلك للأشخاص الخاصة اخضاع علاقاتهم للقانون الدولى العام. ومن الناحية القضائية، يبدو من غير المتصور أن ينعقد الاختصاص لمحكمة العدل الدولية لمجرد أن بعض الأشخاص الخاصة اعترفوا لأنفسهم بأنهم من أشخاص قانون الشعوب(٢).

---

(١) انظر:

SAERENI (A. P.), Op. Cit., P. 210.

حيث يذكر أن:

«An attempt at applying international law to private relations would be tantamount to seeking to apply the matrimanial Laws of France or England te relations between cats or dogs».

(٢) انظر إجابة الأستاذ BATIFFOL عن السؤال رقم ١٩ الذى طرحه الأستاذ VAN HECK مقرر اللجنة الواحد والعشرين المخصصة لمناقشة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية فى: A.I.D.I., 1977, P. 212.

إذ يذكر أن:

«il me parait très douteux qu'il appartienne aux personnes privées de se déclarer sujets du droit international public. Ce sont les règles de ce droit qui décider quels sont ses sujets. Appartient - il à deux non - commerçants de décider que leurs relations seront régies par le droit commercial?. Judiciairement il ne me -

كما ذهب الأستاذ WENGLER إلى القول بأن النظام القانونى الدولى بعيد عن أن يجيز لكل الأشخاص القانونية بأن يدرجوا اتفاقاتهم التعاقدية فى إطار هذا النظام لمجرد انصراف إرادتهم إلى ذلك فحسب(١).

٤ - إن القول بأن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية والأشخاص الخاصة لا تختلف، من حيث طبيعتها وموضوعها، اختلافا جوهريا عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدولية وخاصة المعاهدات التجارية، أمر يصعب الموافقة عليه، فالمعاهدات التجارية والصناعية لا تتناول على نحو مباشر الموضوعات التى تتناولها العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة، وخصوصا العقود المتعلقة باستغلال وتنمية الثروات الطبيعية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول. فقد تنص المعاهدات على تقديم قروض أو مساعدات فنية من دولة إلى أخرى لتنمية واستغلال الثروات الطبيعة، وقد تنص أيضا على ضمان وحماية الحقوق العقدية والمالية للشركات الأجنبية المستثمرة على أقاليم الدول المنتجة، بيد أن هذه المعاهدات لا تتناول العمليات اللازمة لتنمية واستغلال هذه الثروات، ولا تتعرض للمشكلات والمنازعات الجوهرية التى تثيرها العقود المتعلقة بتنميتها واستغلالها. وحتى وإن تناولت المعاهدات والعقود موضوعا مماثلا، فإن أوجه الاختلاف بين المعاهدة والعقد المبرم بين الدولة والشخص الخاص يظل قائما بينهما من حيث الشخصية القانونية لأطراف كل منهما، وكذلك من حيث طبيعتها

- parait pas que la cour internationale de justice devienne compétence parce qu'il a plus à des personnes privées de se déclarer sujets du droit des gens».

(١) انظر: .A.I.D.I., 1977, P. 234، حيث يقول:
«L'ordre juridique international est loin de permettre à tous les sujets de droit d'insérer leurs conventions contractuelles dans cet ordre au seul motif que tel est leur bon plaisir».

القانونية. فالمعاهدة مصدر للقانون، بينما العقد مصدر لحقوق والتزامات تعاقدية(١).

٥ - إن تطبيق القانون الدولى العام على عقد ليس كل أطرافه من أشخاص القانون الدولى لا يعد أمرا مماثلا لتطبيق القانون السويسرى على عقد مبرم بين أشخاص غير سويسريين. ففى الحالة الأخيرة فإن الاختلاف بين الأشخاص السويسريين والأشخاص غير السويسريين هو اختلاف فى الجنسية فقط وليس اختلافا فى الشخصية القانونية، فكلاهما من أشخاص القانون الخاص وليس من أشخاص القانون الدولى. وعلى الرغم من أن هناك حقوقا معينة قد يحتفظ بها المواطنون فقط، فإن القوانين الوطنية عادة ما تعترف بالشخصية القانونية للأشخاص الخاصة بغض النظر عن جنسياتهم. وعلى ذلك يمكنهم أن يكتسبوا الحقوق وأن يتحملوا بالالتزامات بمقتضى القوانين الوطنية فى الدول الأجنبية. هذا بالإضافة إلى أن العقد المبرم بين الأشخاص غير السويسرية لا يختلف بصفة أساسية عن العقد المماثل المبرم بين الأشخاص الخاصة السويسرية وبالتالى فإن القواعد السويسرية التى تنطبق على العقد الأخير يمكن أن تنطبق على العقد الأول إذا اختارها الأطراف. بينما فى الحالة الأولى فإن الاختلاف بين الكيانات الذاتية التى تعد من أشخاص القانون الدولى والكيانات الذاتية التى لا تعد كذلك مسألة تتصل بالشخصية القانونية للكيان الذاتى وقدرته على اكتساب نفس الحقوق والتحمل بنفس الالتزامات التى يحددها القانون الدولى. وهى مسألة متميزة عن مسألة الجنسية. هذا بالإضافة إلى أن الاتفاقيات التى تبرم بين الدول تختلف بصفة أساسية عن العقود التى تبرم بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، بحيث أن القانون الذى يطبق على الأولى لا يمكن تطبيقه تطبيقا فعالا على الثانية(٢).

---

(١) راجع فى نفس المعنى تقريبا: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٧١ ومابعدها.
(٢) فى نفس المعنى راجع: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ص ٨٦٢ - ٨٦٤.

ثانيا: الرأى القائل بخضوع العقد للقانون الدولى باعتباره معاهدة دولية:

ذهب بعض الفقهاء(١) إلى القول بأن العقود المبرمة بين الدول والشركات الخاصة الأجنبية. والتى من أهمها عقود البترول - عبارة عن اتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدولى العام الاتفاقى Droit conventionnel international public، وذلك لتمتعها بالخصائص الآتية:

١ - إن هذه العقود عادة ما تتخذ شكل المعاهدات الدولية. حيث يتم إبرامها وفقا للأشكال والإجراءات التى تبرم وفقا لها المعاهدات الدولية. وبواسطة السلطات الوطنية المختصة وفقا للقانون الداخلى فى الدولة لإبرام المعاهدات.

٢ - إن هذه العقود تتضمن شروطا تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة فى اختصاصها السيادى أو الإجراءات التشريعية التى من شأنها تعديل القانون واجب التطبيق على العقد (وهى ما تسمى بشروط الثبات وعدم المساس).

٣ - كما تنص هذه العقود على خضوع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنها إلى محكمة تحكيم دولية.

٤ - وأخيرا فإن هذه العقود تتضمن إرادة حقيقية للأطراف سواء أكانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون واجب التطبيق أو ضمنية فى إخراج الاتفاق من اختصاص القانون الداخلى للدولة المتعاقدة.

---

(١) راجع هذا الرأى فى:

WENGLER (W.), Les accords entre Etats et entreprises étrangères Sont - ils des traités de droit international, R.G.D.I.P. 1972. PP. 316 - 317, N° 4; LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., PP. 209 - 210, N° 381; IBRAHIM (Y. A.), Op. Cit., PP. 289 - 290; LEDUCQ (X.): Op. Cit., PP. 90 - 91. N° 122 - 123.

وأيضا: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٦٢٢.

ومع ذلك، يرى أصحاب هذا الرأى أنه ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة والشركة الخاصة الأجنبية يندرج بالضرورة ضمن اتفاقات القانون الدولى العام، بل فقط الاتفاقات التى تبرم فى مستوى مرتفع Niveau élevé. وبناء عليه، فإن الاتفاقات المبرمة بين الدولة والمتعاقد الخاص الأجنبى، بما فى ذلك المتعلقة بالأنشطة الاقتصادية، لا ترقى إلى مستوى القانون الدولى العام إلا إذا كان الشريك الخاص الأجنبى الذى يتعاقد مع الدولة فى مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على مزايا لا تقبل أى سلطة وطنية أن تلتزم بها تجاه الشخص الأجنبى العادى. ولذلك لو كان الشريك الخاص الأجنبى فردا عاديا فإن أى دولة نامية، حتى وإن كانت فقيرة للغاية، لن تكون فى حاجة لأن تتعاقد على هذا المستوى المرتفع وتنص على مثل هذه الشروط غير المعتادة. فهذا المستوى المرتفع لا يمكن بلوغه إذن إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركة تحوز قدرات وامكانيات مالية هائلة، فهذه الشركة وحدها هى القادرة على طلب امتياز بترولى مثلا. وهى وحدها القادرة على الحصول على مزايا ضريبية أو تثبيت للقانون واجب التطبيق، كما يمكنها إدراج شرط التحكيم الدولى لحسم المنازعات المحتملة التى يمكن أن تنشأ عن العقد.

خلاصة هذا الرأى أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التى تتوافر فيها الخصائص المذكورة - كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول محل الدراسة - تخضع للقانون الدولى العام الاتفاقى باعتبارها بمثابة معاهدات دولية.

تقدير هذا الرأى:

تعرض هذا الرأى للنقد من عدة نواحى. فمن ناحية فإن المعيار المقترح للتفرقة بين العقود ذات المستوى المرتفع والتى تخضع للقانون الدولى العام، والعقود ذات المستوى الأقل والتى تظل محكومة بالقانون الداخلى، معيار يقوم على التقدير الشخصى المحض appréciation purement subjectif، ولا يمكن الاعتماد عليه فى

تحديد الطبيعة القانونية لأية علاقة قانونية: فهذا المعيار يعطى للقوة الاقتصادية للشركة دورا حاسما إلى حد التأثير أو التحكم فى الطبيعة القانونية للعقد. هذا فى حين أن التكييف القانونى لعلاقة قانونية معينة يجب أن يتأسس على معايير موضوعية بعيدة عن الضعف أو القوة الاقتصادية للأشخاص أطراف العلاقة(١). كما أن القول بوجود تدرج بين طائفة العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية ينبع من رؤية غير دقيقة للواقع. صحيح أن كل العقود لا تساهم بنفس الدرجة فى التنمية الإقتصادية أو الصناعية للدولة، وأن المزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبى يمكن - فى الغالب - أن تختلف بشكل ملموس من عقد إلى آخر، بيد أن ذلك لا يعد سببا كافيا للقول بان البعض من هذه العقود يخضع للقانون الدولى العام، فى حين أن البعض الآخر يظل بالضرورة بعيدا عنه بسبب ضعف أثره على اقتصاد الدولة المضيفة. إن مثل هذه التفرقة تبدو غير مبررة injustifiée لأن الغرض من العقد ليس هو الذى يجعل منه اتفاقا مماثلا للمعاهدة وخاضعا للقانون الدولى(٢).

ومن ناحية ثانية فإن الخصائص المختلفة التى تتمتع بها هذه العقود، والتى قال بها أصحاب هذا الرأى، ليست كافية وحدها لإضفاء طابع المعاهدات الدولية على هذه العقود.

فمن المسلم به أن اصطلاح المعاهدة - فى ظل الوضع الراهن للقانون الدولى العام - لا ينصرف إلا إلى الاتفاقات التى تبرم بين أشخاص القانون الدولى(٣). وقد عرفت اتفاقية فيينا فى المادة الثانية منها المعاهدة

---

(١) انظر:

LEBOULANGER (Ph.): Op. Cit., p. 210, N⁰ 383; IBRAHIM (Y.A.): Op. Cit., P. 291.

(٢) انظر:

LEBOULANGER (Ph.): Op. Cit., P. 210, N⁰ 383.

(٣) راجع:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 45 et 46.

بأنها «اتفاق دولى يعقد بين دولتين أو أكثر فى شكل مكتوب ويخضع للقانون الدولى سواء تم هذا الاتفاق فى وثيقة واحدة أو أكثر. وأيا كانت التسمية التى تطلق عليه». ويتضح من ذلك أن المعاهدات لا تتم إلا بين أشخاص القانون الدولى، أى الدول والمنظمات الدولية. ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التى يأتيها أشخاص القانون الداخلى حتى ولو اتخذت فى بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولى(١).

وبناء عليه فإن عقود البترول المبرمة بين إحدى الدول المنتجة (أو شركاتها العامة) وشركة خاصة أجنبية، أى بين أحد أشخاص القانون الدولى وأحد أشخاص القانون الداخلى، لا يمكن إدراجها فى عداد المعاهدات الدولية(٢). وحتى وإن كان التفاوض وإبرام هذه العقود يتخذ أحيانا الشكل الرسمى الذى تبرم فيه المعاهدات (فهذه العقود أحيانا ما يتم التصديق عليها من قبل البرلمان ومجلس إدارة الشركة قبل نشرها فى الجريدة الرسمية)، فإن شكل التصرف ليس باتا فى هذا الشأن، لأن التصرف لا يجرى بين دولتين ذاتى سيادة، بل إن دولة واحدة هى الطرف فى العقد(٣).

ويمكننا أن نضيف إلى ذلك أن الدولة لا تتصرف هنا باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولى وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الداخلى. فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة، فهى تعد أحد أشخاص القانون الدولى وأحد أشخاص القانون الداخلى فى آن واحد. وكما يرى بعض الفقهاء(٤)،

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد رفعت، القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٩٠ ومابعدها.

(٢) انظر فى نفس المعنى: MUSTAPHA (M.). Op. Cit., P. 46. وأيضا: د. محمد طلعت الغنيمى: تغير الأوضاع وعقد الامتياز البترولى، المرجع السابق، ص ١٥؛ د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٧٠٦، د. عبدالرحيم سعيد، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(٣) انظر:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 210, N° 383.

(٤) انظر: د. محمد طلعت الغنيمى: الوسيط فى قانون السلام، القانون الدولى العام أو قانون الأمم فى زمن السلم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢١١. ويرى سيادته أن الدولة يمكن أن تقيم علاقات مع غيرها من الدول بوصف كل منهم شخصا من أشخاص القانون الداخلى - مثال ذلك أن تتفق مصر مع لبنان على شراء كمية من التفاح اللبنانى - ولا تخضع الدولة هنا لأحكام القانون الدولى التى تنظم نشاط الأشخاص الدولية.

فإنه يتعين التفرقة فى تنظيم النشاط الذى تمارسه الدولة بين التصرفات التى تأتيها بوصفها من أشخاص القانون الدولى، وبين تلك التى تأتيها بوصفها شخصا من اشخاص القانون الداخلى. فعندما تتصرف الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولى، فإنها تخضع عندئذ لاحكام القانون الدولى وعندما تتصرف بوصفها من أشخاص القانون الداخلى فإنها لا تخضع لأحكام القانون الدولى التى تنظم نشاط الأشخاص الدولية باعتبارهم كذلك.

زد على ذلك أنه إذا كانت الدولة، فى بادىء الأمر، هى التى كانت تتولى بنفسها إبرام عقود البترول مع الشركات الأجنبية، فإن الأمر لم يعد كذلك الآن، فمنذ أن اتخذ عقد البترول صورة المشاركة، وأصبحت تتولى إبرام هذه العقود الشركات الوطنية فى بعض الدول، مثل الشركة الوطنية الإيرانية للبترول (نيوك) فى إيران، وشركة سوناطراك الجزائرية فى الجزائر.

من ناحية ثالثة، فإن اللجوء إلى التحكيم ذى الطابع الدولى ليس من شأنه تدويل العقد، بمعنى إخضاعه للقانون الدولى العام، فلا يجب النظر إلى عقد ما على أنه عقد مدول internationalisé لمجرد أنه يتضمن شرطا لتسوية المنازعات، اللهم إلا إذا اعتبرنا أن محاكم التحكيم المنشأة بموجب شرط التحكيم الوارد فى العقد محاكم دولية حقيقية، وهو ما لا يمكن التسليم به(١).

ومن ناحية أخيرة، فإن مجرد استبعاد القانون الداخلى للدولة المتعاقدة، والنص على تطبيق المبادىء العامة للقانون أو القانون الدولى ليس معناه أن العقد قد أصبح معاهدة أو اتفاقا دوليا(٢). فمن غير الممكن إدراج

(١) انظر:

BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 133, N° 108.

وفى نفس المعنى:

LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 210, N° 383

(٢) انظر: د. محمد طلعت الغنيمى، الوسيط فى قانون السلام ....، المرجع السابق، ص ص ١٢٧ - ١٢٨. ويرى سيادته أن قواعد القانون الدولى تطبق على العقد فى هذه الحالة عن طريق الإسناد من القانون الداخلى إلى القانون الدولى. نفس المرجع المذكور، نفس الموضع.

الاتفاق فى النظام القانونى الدولى لمجرد اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق القانون الدولى، وذلك مادام أن أحد أطراف هذا الاتفاق ليس من أشخاص القانون الدولى العام(١).

ويمكننا أن نخلص مما تقدم إلى أنه ليس فى الشكل الذى يبرم فيه العقد، ولا فى النص على استبعاد القانون الداخلى للدولة المتعاقدة، ولا فى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ما يسمح بالتأكيد على أن العقد المبرم بين دولة ما وشركة خاصة أجنبية (كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول محل الدراسة) يخضع للقانون الدولى العام الاتفاقى باعتباره بمثابة معاهدة دولية.

ثالثا: الرأى القائل باخضاع العقد للقانون الدولى باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد:

ذهب الأستاذ (WEIL)(٢) إلى القول بخضوع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية - وخصوصا عقود الاستثمار أو ما يسمى بعقود التنمية الاقتصادية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول - للقانون الدولى وذلك باعتبارها تصرفات قانونية دولية من نوع جديد.

وقد بدأ الأستاذ (WEIL) بالتأكيد على أن تدخل القانون الدولى فى مجال العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية لم يعد اليوم محل شك. حيث أن هناك العديد من الوثائق الدولية التى تشهد اليوم على وجود العديد من نقاط الاتصال بين هذه العقود والنظام القانونى الدولى. من أهمها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٢ المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية والذى أكد على أنه يجب تنفيذ الاتفاقات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية

(١) انظر:

WENGLER (W.), Les accords ..., Op. Cit., PP. 317 et 318.

(٢) انظر:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ..., Op. Cit., P. 120 etSS.; Droit international et contrats d'État, Mélanges offerts à paul Reuter, Paris, pédone, 1981, P. 549 etSS.

بواسطة الدول ذات السيادة أو بين هذه الدول بحسن نية. كذلك أيضا فإن اتفاقية البنك الدولى المبرمة فى واشنطن عام ١٩٦٥، قد نصت صراحة فى المادة (١/٤٢) على تطبيق مبادىء القانون الدولى فى هذا الخصوص(١).

ثم أوضح هذا الفقيه مفهوم التدويل الذى ينادى به، مبينا أن التدويل معناه الاسناد المباشر للعلاقات التعاقدية بين الأطراف إلى القانون الدولى. كما أن للتدويل مدلول مزدوج لأن نتائجه تقع فى آن واحد على صعيد العلاقات بين الدول وعلى صعيد العلاقات بين الأطراف أنفسهم. فعلى صعيد العلاقات بين الدول، فإن التدويل معناه أن عدم تنفيذ العقد يعد فى ذاته ipso facto تصرفا مخالفا للقانون الدولى. وبهذه المثابة يثير المسئولية الدولية للدولة المتعاقدة تجاه دولة المتعاقد الأجنبى. وعلى صعيد العلاقات بين الأطراف المتعاقدة فإن التدويل يعنى بصفة رئيسية أن عدم تنفيذ العقد سوف يقدر وفقا لمعايير des standards بعيدة عن القانون الداخلى للدولة المتعاقدة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن عدم تنفيذ العقد قد يثير مسئولية الدولة تجاه المتعاقد معها أمام هيئة قضائية غير وطنية، والتى يمكنها الحكم على الدولة لصالح المتعاقد معها حتى وإن كان عدم تنفيذ العقد يعد قانونيا بالنظر إلى قانونها الداخلى(٢).

كما يرى أن التدويل بهذا المفهوم ليس عاما. ولا مطلقا. فمن ناحية فإن التدويل قاصر على اتفاقات التنمية الاقتصادية ولا يمتد إلى كل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية. ومن ناحية ثانية فإن التدويل لا يشمل كل الروابط الناشئة عن العقد، فتطبيق القانون الدولى لا يمكن إلا أن يكون جزئيا، وأن بعض أوجه الروابط التعاقدية الناشئة عن العقد تظل خاضعة فى جميع الأحوال للقانون الوطنى للدولة المتعاقدة. فهذا القانون الأخير هو الذى يحدد صحة العقد وينظم المسئولية تجاه الغير

---

(١) انظر:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ..., Op. Cit., PP. 120 et 121.

(٢) راجع: Ibid., PP. 157 – 158.

والإجراءات الجمركية. وقواعد النقد والمحافظة على المواقع الأثرية ... الخ. ومن ناحية أخيرة فإنه يجب التشديد على أن التدويل لا يعنى أن العقد قد أصبح مساويا بالمعاهدة الدولية كما لا يعنى أن قواعد القانون الدولى التى تنطبق فيما بين الدول يتم تطبيقها بدون قيد ولا شرط على هذه العقود. فالعقد الدول لا يمكن اعتباره بمثابة معاهدة دولية. فهو بكل بساطة تصرف دولى من نوع جديد un acte international d'un type nouveau. والقانون الدولى الذى يطبق على العقد قد لا يكون بالتحديد هو نفس القانون الذى يحكم العلاقات فيما بين الدول. فهذه العقود تخضع لفرع جديد من فروع القانون الدولى ألا وهو القانون الدولى للعقود(١).

وفى سبيل التأكيد على تدويل هذه العقود وإخضاعها للنظام القانونى الدولى. فرق الفقيه WEIL بين النظام القانونى الأساسى الذى يتأصل فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة من ناحية. والقانون واجب التطبيق على العقد من ناحية أخرى. فهو يرى أن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الدولة سواء أكان عن طريق الاختيار من قبل الأطراف أو استخدام معايير أخرى فى حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار. يتوقف على الفصل فى مسألة أولية وهى تحديد النظام القانونى الذى يعطى للأطراف الحق فى اختيار القواعد القانونية واجبة الإعمال على العقد. ويبين كيفية تحديد هذه القواعد فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف المتعاقدة.

ويرى أن مسألة تحديد النظام القانونى الذى يندرج فيه العقد ويستمد منه صحته يتعين حسمها فى البداية. أما مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على العقد فإنها تثور فى مرحلة لاحقة. أى بعد الفصل فى مسألة النظام القانونى الأساسى(٢).

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

WEIL (P.), Problemes relatifs ... Op. Cit., P. 187 - 188.

(٢) انظر:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., PP. 558 - 559, N° 7.

وذهب الفقيه إلى أن التفرقة بين النظام القانونى الأساسى الذى يحقق - بفضل قواعد التنازع التى يتضمنها - وظيفة التوجيه une fonction d'aiguillage نحو القواعد التى تحكم العقد وهذه القواعد ذاتها، تبدو أحد مفاتيح مشكلة عقود الدولة(١).

فالتفرقة بين كل من هذين النظامين يأخذ فى الحسبان الأدوار المتبادلة للعناصر الموضوعية والشخصية فى تحديد النظام القانونى لهذه العقود. فإذا كان القانون واجب التطبيق على العقد يتوقف فى المقام الأول على إرادة الأطراف، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للنظام القانونى الأساسى الذى يعد تحديده من وظيفة العناصر الموضوعية للعقد.

وبينما يعد النظام القانونى الأساسى بالضرورة واحدا unique نظرا لاعتماده على معطيات موضوعية، فإن القانون واجب التطبيق على العقد، والذى يعتمد بصفة أساسية على إرادة الأطراف، يمكن أن يكون متعددا مادام أنه من الجائز للأطراف النص على تطبيق عدة قوانين على العقد. وتعد الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق والتى تنص على تطبيق أكثر من قانون على العقد معتادة ومألوفة. كما أخذت العديد من محاكم التحكيم - منذ تحكيم لينا جولد فيلدز وحتى تحكيم البرتش بتروليم وتكساكو وليامكو - بتجزئة العقد وإخضاعه لقوانين متعددة. كما أخذت بهذه التجزئة أيضا التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولى عام ١٩٧٩ والتى أجازت للأطراف اختيار إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادىء المشتركة فى هذه القوانين أو المبادىء العامة للقانون أو المبادىء المطبقة فى العلاقات الاقتصادية الدولية أو القانون الدولى أو مزيج من هذه المصادر القانونية(٢).

ويجب النظر إلى العقد المتأصل أو الراسخ enracine´ فى النظام

---

(١) انظر:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., P. 561 N° 9.

(٢) راجع: Ibid, PP. 561 - 562, N° 9 - 11.

القانونى الدولى على أنه تصرف قانونى دولى حقيقى. وتشكل عقود الدولة المتأصلة أو الراسخة فى النظام الدولى طائفة خاصة من التصرفات القانونية الدولية توجد إلى جانب المعاهدات الدولية والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة للدول أو المنظمات الدولية. أما العقد الذى يخضع فقط للقواعد الموضوعية للقانون الدولى فلا يعد لهذا السبب فقط تصرفا قانونيا دوليا(١).

وقد يتطابق النظام القانونى الأساسى والقانون واجب التطبيق على العقد، كما هو الحال فى قضية القروض الصربية، فالعقد كان راسخا فى النظام القانونى الوطنى وكان خاضعا لنفس القانون. ولكن مع ذلك من الممكن أن يختلفا كما هو الحال فى قضية تكساكو. فالعقد كان راسخا فى النظام الدولى مع أنه كان خاضعا لقواعد قانونية مستمدة من أنظمة قانونية متعددة. ومن ثم يمكن القول بأن وجود شرط فى العقد يحدد القانون واجب التطبيق لا يعفى من تحديد النظام القانونى الأساسى بواسطة المعطيات الموضوعية للعقد ذاته. على أن ذلك لا يعنى عدم وجود صلة بين كل من النظامين. ففى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون واجب التطبيق على العقد، يمكن القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو اخضاع العقد للقواعد الموضوعية فى النظام القانونى الأساسى ذاته. نفس الشىء، فإن اختيار الأطراف لهذا القانون أو ذاك ليحكم العقد يمكن أن يعد أحد العناصر الموضوعية التى من المناسب أن تأخذ فى الاعتبار لتحديد النظام القانونى الأساسى(٢).

وقد ذهب الفقيه إلى القول بأن التمييز بين النظام القانونى الأساسى grundlegung والقانون المناسب proper law ليحكم العقد يسمح بادراك أو تفهم المشكلة الرئيسية للعقود التى تكون الدولة طرفا فيها، ألا وهى درجة السيطرة أو الهيمنة التى تتمتع بها الدولة المتعاقدة تجاه العقد. ففى أول الأمر، فإن سلطة الدولة تجاه الرابطة التعاقدية تتوقف على القانون

---

(١) انظر:
WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., P. 562 N° 12.
(٢) انظر: Ibid, P. 563, N° 13

الموضوعى واجب التطبيق على العقد مادام أنه هو الذى يحدد ما إذا كان بمقدور الدولة تعديل الشروط التعاقدية ووضع نهاية للعقد قبل الأوان بإرادتها المنفردة. فلو أن عقدين متأصلين raciniés فى النظام القانونى الوطنى، بيد أن أحدهما خاضع للقواعد الموضوعية لهذا النظام والآخر خاضع للقواعد الموضوعية فى القانون الدولى، فإن المشاكل الناجمة عن ممارسة الدولة المتعاقدة لامتيازاتها السيادية تكون محسومة طبقا للقانون الوطنى فى الفرض الأول، وطبقا للقانون الدولى فى الفرض الثانى. وهذا هو ما عبرت عنه الفقرة الأخيرة من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولى عام ١٩٧٩ بقولها «إن القواعد القانونية المختارة طبقا للمواد السابقة تفصل فى مسائل المسئولية التعاقدية بين الأطراف، وخصوصا تلك التى تثور بمناسبة ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية بالمخالفة لالتزام تكون قد تعهدت به تجاه الطرف الآخر المتعاقد معها(١).

ومع ذلك، فإن الموقف النهائى لهذه المسألة يعتمد على النظام القانونى الأساسى، فأيا ما كانت القاعدة الموضوعية التى تحكم العقد، فهذه القاعدة ليست سوى قاعدة إحالة أو إشارة Renvoi ou Référence. وهذه الإحالة يمكن أن تكون كأن لم تكن، أو على الأقل معطلة، بموجب قاعدة آمرة فى النظام القانونى الأساسى. وعلى ذلك فإنه بالنسبة للعقد الذى يكون راسخا فى النظام القانونى الوطنى ويتضمن شرطا يحيل إلى القانون الدولى، فإن هذا لا يمنع القانون الوطنى من اعتبار هذا الشرط كأن لم يكن، إذ أنه هو الذى أسس الإحالة إلى القانون الدولى وهو الذى يظل المسيطر عليها. وبالنسبة للعقد المحكوم بالقواعد الموضوعية فى القانون الوطنى ويتضمن شرطا ينص على تثبيت هذا القانون فى تاريخ محدد أو شرطا ينص على تنازل الدولة عن ممارسة سلطاتها فى تعديل العقد أو انهائه من جانب واحد، فإنه فى الفرض الذى يكون فيه العقد - وفى هذا الفرض فقط - راسخا فى النظام الدولى، فإن هذا الشرط يكون له كامل قوته. بينما

---

(١) انظر:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., P. 564 N° 14.

فى الفرض الذى يكون فيه العقد راسخا فى النظام الوطنى، فإن هذا الأخير يمكنه تعطيل هذا الشرط مقررا، على سبيل المثال، مخالفته للنظام العام(١).

ولهذا فإن الدول النامية لو قبلت عند الاقتضاء أن لا يكون القانون الذى يحكم العقد مقصورا على القانون الداخلى للدولة المتعاقدة. بيد أنهم يعترضون غالبا على أن تكون عقود الاستثمار منظورا إليها على أنها متأصلة فى النظام القانونى الدولى، أى فى نظام لا يكون فيه لهذه الدول الكلمة الأخيرة(٢).

ويرى الفقيه أن النظام القانونى الأساسى هو الذى يفصل فى مسألة صحة الشروط التى تحدد القانون واجب التطبيق عندما يثور الشك حولها، بينما يفصل القانون واجب التطبيق فى مسألة تحديد مضمون هذه الشروط والآثار التى تترتب عليها. فمسألة ما إذا كان يجوز للأطراف أن يختاروا بأنفسهم القانون واجب التطبيق، وما إذا كان يجوز لهم اختيار القانون الدولى كقانون واجب التطبيق، تخضع للنظام القانونى الأساسى grundlegung. بينما الشرط الذى ينص على اللجوء إلى المبادىء العامة للقانون أو مبدأ حسن النية وما إذا كان من شأنه تطبيق القانون الدولى أو نظام قانونى ثالث مثل قانون عبر الدول أو قانون التجارة الدولية lex mercatoria، وما إذا كان وجود شرط التحكيم فى العقد يمكن أن يفسر على أنه دلالة على اتجاه إرادة الأطراف نحو اخضاع العقد لقانون غير وطنى، وما هو مضمون قواعد القانون الدولى واجبة التطبيق، فكل هذه المسائل تخضع للقانون واجب التطبيق(٣).

كما يرى أيضا أنه بالتمييز بين النظام القانونى الأساسى والقانون

---

(١) انظر:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., P. 564 - 565, N° 14.

(٢) راجع: Ibid. P. 565, N° 14.

(٣) راجع: Ibid. P. 565 - 566, N° 15.

واجب التطبيق يمكن التفرقة بين نوعين من العقود الخاضعة للقانون الدولى. العقد الذى يخضع للقانون الدولى بموجب إرادة الأطراف ويمكن أن نطلق عليه تعبير العقد المدول contrat internationalisé، والعقد المتأصل بطبيعته ومضمونه فى النظام الدولى، ويعتبر تصرفا قانونيا دوليا. ويمكن أن نطلق عليه تعبير العقد الدولى contrat de droit intern ational. وقد يحدث أن يكون العقد دوليا ومدولا فى آن واحد. كما يتصور أيضا أن يتصف بإحدى هاتين الصفتين دون الأخرى. وبناء عليه فإن الوظيفة التى يمكن أن يؤديها القانون الدولى فى مجال عقود الدولة تعد وظيفة مزدوجة. فالقانون الدولى يمكن أن يكون محلا لاختيار الأطراف كقانون يحكم العقد. كما يمكنه أيضا أن يكون أساسا لهذا الاختيار باعتباره النظام القانونى الأساسى(١).

ولكن السؤال الذى يفرض نفسه بعد ذلك كله هو هل توجد فى الواقع عقود الدولة التى تجد أساسها فى النظام القانونى الدولى. ومن ثم يمكن القول بأنها تعد تصرفات قانونية دولية بمعنى الكلمة؟

أجاب الفقيه عن هذا السؤال بالقول إن الأخذ فى الاعتبار المعطيات الموضوعية والقانونية والسياسية والاقتصادية التى يتوقف عليها النظام القانونى الأساسى. يؤكد أن تأصل L'enracinement بعض العقود التى تبرمها الدولة فى النظام القانونى الدولى يعد مطابقا لطبيعة الأشياء.

وتعتبر المعطيات القانونية Les données juridiques معبرة فى هذا الخصوص. فإذا كان من المتصور - حتى وقت قريب - النظر إلى عقد الدولة contrat d'État وكأنه عالم مغلق un monde clos، وكأداة مستقلة تعرف وحدها فقط حقوق والتزامات الأطراف - وهو ما قاد إلى القول بنظرية العقد بدون قانون - فليس الأمر كذلك الآن. وبصفة خاصة بالنسبة لعقد الاستثمار. ففى معظم الأحيان، يبدو هذا العقد وكأنه مجرد

---

(١) انظر:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., PP. 566 - 567 N° 16 - 17.

حلقة فى سلسلة عملية استثمار مركبة تتضمن تصرفات قانونية ذات طبيعة مختلفة، بحيث تكون حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة معرفة ليس فقط فى الأداة التعاقدية بالمعنى الدقيق، بل أيضا فى الأعمال القانونية المتنوعة التى تحيط بها وتدعمها.

ومن بين الأعمال القانونية التى يرتبط بها العقد ارتباطا لا يقبل الانفصال تبرز إلى جانب الأعمال ذات الطابع الداخلى (مثل التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمارات)، المعاهدات الدولية والتى تشكل دعامة Support الروابط الدولية التى لم يعد العقد سوى مجرد أحد مكوناتها. والنموذج الأكثر تعبيرا فى هذا الصدد، الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات والتى تتعهد الحكومة بمقتضاها بعدم المساس (بطريق التأميم مثلا) بالاستثمارات المنفذة بواسطة رعايا الدول الأخرى(١). هذا إلى جانب قرارات المنظمات الدولية المتعلقة بالنظام الاقتصادى الدولى الجديد والتى تحمل تأكيدا غير مباشر على ارتباط هذه العقود بالنظام القانونى الدولى. وذلك لأن هذه المنظمات لو كانت ترى عدم وجود صلة بين عقود الاستثمار والنظام القانونى الدولى، لما كانت قد أقدمت على وضع مبادىء تتعلق بهذه العقود(٢).

كما تسير المعطيات السياسية والاقتصادية politico - économiques فى نفس الاتجاه. فإذا كان صحيحا أن عقود الاستثمار الكبرى تضع من الناحية القانونية الدولة المضيفة فى مواجهة الشركة الخاصة الأجنبية، بيد أنها غالبا ما تثير فى الواقع العلاقات السياسية بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبى فى مجملها. وإذا كان المستثمر الأجنبى يتخذ شكل الشركة الخاصة، فإن وراء هذه الشركة غالبا ما يرتسم se profile ظل أو خيال la silhoutte حكومته التى تحميه وتحدد له سياسته.

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:

WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., PP. 572 - 574 N° 22-24.

(٢) راجع مع المزيد من التفاصيل: Ibid, PP. 575 - 576, N° 25.

فمن ناحية نجد أن دولة المستثمر تبحث عن أسواق لشركاتها من أجل ضمان وجود وظائف لرعاياها ولزيادة نمو اقتصادها الوطنى أو تحاول إيجاد بعض النفوذ السياسى فى الدولة المضيفة عن طريق تواجدها الاقتصادى على اقليم هذه الدولة. وعلى الجانب الآخر، نجد أن الدولة المضيفة تفضل التعامل مع شركات دولة معينة بدلا من شركات دول أخرى. هذا الاختيار والتفضيل يرجع لأسباب من طبيعة سياسية ولعوامل اقتصادية. وقد تم ابرام الكثير من العقود بين حكومات الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب بمساعدة السلطات الحكومية فى دولهم، ويزودنا الواقع العملى بالكثير من هذه الأمثلة(١).

وانتهى الفقيه «WEIL» إلى القول بأن هناك العديد من عقود الدولة بطريقة ابرامها أو بالشروط التى تتضمنها أو بتنفيذها ليست سوى الجانب الظاهر la partie apparente للعلاقات السياسية لكل من الدولتين والتى تعد هذه العقود جزءا لا يتجزأ منها ولا يقبل الانفصال عنها. فالعقود المبرمة بين الدول والرعايا الأجانب تندرج ضمن العلاقات الاقتصادية الدولية، ويقع مركز ثقلها فى المحيط الدولى. وما دام أن الحقيقة الاقتصادية la vérité économique لهذه العقود تصطبغ بالطابع الدولى، فلماذا لا تتطابق معها إذن الحقيقة القانونية la vérité juridique فمنذ اللحظة التى يدور فيها العقد فى المحيط السياسى والاقتصادى الدولى، فإن الواقعية le realisme تقتضى ترتيب النتائج على الصعيد القانونى والنظر إلى العقد باعتباره راسخا فى النظام القانونى الدولى الذى ينتمى إليه العقد بكل عناصره، بحيث لا يعد تأصل العقد L'enracinement du contrat فى النظام القانونى الدولى أمرا خياليا، بل على العكس إن القول بتأصل العقد فى النظام الداخلى ينكر الواقع ويعزل بشكل مصطنع العلاقات التعاقدية عن محيطها السياسى والاقتصادى فيما بين الدول(٢).

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل:
WEIL (P.), Droit international ..., Op. Cit., PP. 576 - 579 N° 26-27.

(٢) راجع: Ibid, PP. 579 - 580, N° 28.

تقدير هذا الرأى:

تعرض هذا الرأى للنقد من عدة وجوه:

١ - فمن ناحية التفرقة بين النظام القانونى الأساسى والقانون واجب التطبيق على العقد: تصدى الأستاذ «MAYER»(١) لهذه الفكرة مبينا غرابة الحلول التى قررها الأستاذ «WEIL» صاحب هذه الفكرة، وعدم نفعية هذه الفكرة فى بعض الحالات، وكذلك تعذر استخدامها فى حالات أخرى.

وتبدو غرابة الحلول التى قررها صاحب هذه الفكرة فى حالة العقد المتأصل فى النظام القانونى الدولى، لأن العقد فى هذه الحالة يجب أن ينظر إليه على أنه تصرف قانونى دولى حقيقى. ومن ثم يجب أن يخضع لقواعد القانون الدولى لاسيما وأن تأصل هذه العقود فى القانون الدولى على نحو ما أوضح الأستاذ WEIL يستند إلى طبيعتها باعتبارها عقود تنمية اقتصادية وإلى معطيات سياسية واقتصادية. بيد أن الأستاذ WEIL قد أوضح فيما بعد أن القانون الدولى للعقود يكون واجب التطبيق فى حالة واحدة فحسب هى حالة اختيار الأطراف له كقانون يحكم العقد. وعلى ذلك أليس من المستغرب أن التصرف القانونى الدولى الذى لا يخضع بذاته لقواعد القانون الدولى، يمكن أن يخضع لهذه القواعد بموجب إرادة الأطراف وحدها. وأليس غريبا أيضا أن القانون الدولى للعقود يطبق على العقود التى تنتمى بطبيعتها إلى قانون وطنى طالما تم اختياره بواسطة الأطراف، ولا يطبق على العقود التى تنتمى إلى القانون الدولى بطبيعتها طالما لم يتم اختيار هذا القانون صراحة أو ضمنا لحكم هذه العقود(٢).

وتبدو عدم نفعية هذه الفكرة فى الفرض الذى نقدر فيه أن العقد

---

(١) انظر:

MAYER (P.), Le mythe de l'ordre juridique de base (Ou Grundlegung), études offertes ˜a B. Goldman, 1982, P. 199.

(٢) انظر: Ibid, PP. 210 et 211.

خاضع بطبيعته إلى القانون الدولي. إذ أن العقد في هذا الفرض يكون متأصلا في هذا النظام القانوني، ومن ثم لا يكون هناك محلا بعد ذلك للبحث في داخل هذا النظام عن قاعدة الإسناد التي تسمح بتحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع، أي البحث عن قاعدة تؤدي نفس الدور الذي تقوم به قاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص. لأن قاعدة التنازع لا تتدخل إلا لفض التنازع بين القوانين، وذلك في حالة اتصال العقد بأكثر من قانون. وفي هذا الفرض الذي نحن بصدده فإن العقد ينتمي إلى القانون الدولي وحده.

إن الأسباب التي أدت إلى تقرير أن العقد ينتمي إلى القانون الدولي بكل عناصره، والاهتمام بعدم عزل العلاقات التعاقدية عن محيطها السياسي والاقتصادي الدولي - على نحو ما أوضح الأستاذ WEIl - تستبعد بالضرورة إمكانية انتماء العقد إلى نظام قانوني آخر. وبهذا تنتفي وظيفة التوزيع dispatching التي يدعي بأنها من خصائص النظام القانوني الأساسي، ومن هنا تبدو فكرة النظام القانوني الأساسي لا معنى لها ولا طائل من ورائها(١).

كما يتعذر استخدام هذه الفكرة في الفرض الذي لا يكون فيه العقد متأصلا في القانون الدولي. إذ أنه لا يكفي - في الواقع - القول بأن العقد يكون متأصلا في النظام القانوني الوطني. بل يجب أيضا تحديد هذا النظام القانوني الوطني الذي يعد بمثابة النظام القانوني الأساسي للعقد. وذلك لأننا نكون بصدد نظامين قانونيين على الأقل: النظام القانوني للدولة المتعاقدة، والنظام القانوني الوطني لدولة المتعاقد الآخر. وبهذا تثور مشكلة تحديد النظام القانوني الأساسي. ولحل مشكلة اختيار هذا النظام لابد من وجود قاعدة تحكم هذا الاختيار. وهنا يجب أن نرتفع درجة فوق النظام القانوني الأساسي. ولكن القاعدة التي تحدد النظام القانوني الأساسي قد تنتمي إلى

---

(١) انظر: MAYER (P.), Le mythe ..., Op. Cit., P. 212 et 213.

هذا النظام أو ذاك من الأنظمة القانونية المعنية ألا وهى النظامان القانونيان الوطنيان والنظام القانونى الدولى، وربما أيضا نظام قانونى ثالث. وبالتالى يجب أيضا أن نرتفع درجة أخرى وهكذا. ولوضع نهاية لهذه المشكلة يجب أن نقرر منذ البداية أن القاضى أو المحكم المطروح عليه النزاع هو الذى يقوم بنفسه باختيار القانون الذى يحكم العقد، وذلك بالتطبيق لقاعدة التنازع المفروضة عليه لو كان قاضيا، أو تلك التى تبدو له ملائمة إذا كان محكما. وفى هذا النفى التام لفكرة النظام القانونى الأساسى(١).

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن غالبية الفقهاء(٢) أعضاء اللجنة الواحدة والعشرين المخصصة لبحث مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية قد أعربوا، أثناء أعمال مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده باوسلو عام ١٩٧٧، عن رفضهم للتفرقة بين القانون الذى يحكم العقد والنظام القانونى الأساسى الذى يستمد منه العقد قوته الملزمة، بل لقد وصف بعضهم(٣) هذه التفرقة بأنها مصطنعة وليس لها أية فائدة من الناحية العملية. وحتى بالنسبة للفقهاء الذين قبلوا هذه التفرقة فإنهم يرون أن القانون الدولى العام - فى حالته الراهنة - لا يعد نظاما فعالا للإسناد بحيث يجوز للأطراف أن يستمدوا منه القوة الملزمة لعقدهم(٤).

---

(١) انظر: Ibid., P. 213.

(٢) راجع ملاحظات كل من: Mann, Monaco, Seidle-Hohenvelden فى: A.I.D.I., 1977, 11, P. 228 etSS.

(٣) انظر ملاحظات الأستاذ: Seidl-Hohenvelden، فى A.I.D.I., 1977, 11, P. 233. حيث يذكر أن:

«Cette distinction assez artificielle est pratiquement sans importance».

وفى نفس المعنى انظر:

LALIVE (P.), L'État en tant que ...., Op. Cit., P. 323, N° 9 et 10.

(٤) انظر: LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., P. 226, N° 404.

بالإضافة إلى ذلك تجاهل مجمع القانون الدولى فى التوصية التى أصدرها فى دور انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩، الأخذ بهذه الفكرة. وأخذ بشكل مباشر بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق باعتباره من المبادىء العامة فى القانون الدولى الخاص. فقد تضمنت ديباجة التوصية أنه فى حالة العقد المبرم بين دولة ما وشخص خاص أجنبى فإن المبادىء العامة فى القانون الدولى الخاص تجيز للأطراف تحديد القانون الذى يحكم العقد. وبناء عليه نصت المادة الأولى من هذه التوصية على أن «العقود المبرمة بين دولة ما وشخص خاص أجنبى تخضع لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف وفى غياب مثل هذا الاختيار. تخضع لقواعد القانون التى يرتبط بها العقد برابطة أكثر وثاقة».

وبهذا يكون المجمع قد أخذ فى المقام الأول بقانون الإرادة المستقلة، وفى المقام الثانى بنظرية التوطين الموضوعى التى تقضى بتطبيق القانون الأكثر اتصالا بالعقد. ونخلص من ذلك إلى أن مجمع القانون الدولى قد رفض الأخذ بفكرة النظام القانونى الأساسى(١).

٢ - ومن ناحية القول بأن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، وخاصة ما يطلق عليه اتفاقيات التنمية الاقتصادية كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول، تعد تصرفات قانونية دولية من نوع جديد فإن هذا القول لا يتفق مع القانون الدولى فى حالته الراهنة. فمن المعروف أن الأعمال القانونية الدولية تنقسم إلى نوعين:

أ - تصرفات قانونية تصدر من جانب واحد. أى تلك التى تعد تعبيرا عن إرادة شخص قانونى دولى واحد. ومن قبيل تلك التصرفات التنازل، والاحتجاج، والاعتراف ... الخ.

---

(١) فى نفس المعنى راجع:
HASSAN (A.W.), Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, Thèse, Bourgogne, 1997, PP. 73 - 74.

ب - التصرفات القانونية التى تصدر من جانبين أو أكثر. وهى التصرفات التى تتم باتفاق بإرادتى شخصين قانونيين أو أكثر. ويطلق على هذه التصرفات مسميات مختلفة كالمعاهدة، والميثاق، والاتفاق، والاتفاقية، والبروتوكول. غير أنه قد جرى العرف الدولى يؤيده فى ذلك غالبية الفقهاء على استعمال تعبير (المعاهدة) كتعبير يطلق على التصرفات القانونية الدولية التى تصدر عن إرادتى شخصين دوليين فأكثر. والتى تحكمها قواعد القانون الدولى(١).

وترتيبا على ما تقدم يمكن القول بأن القانون الدولى لا يعرف سوى نوع واحد من الاتفاق، وهو ذلك الذى يتخذ شكل المعاهدة الدولية. ولما كانت العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية - باعتراف الأستاذ WEIL نفسه ليست من قبيل المعاهدات المبرمة بين الدول، فإنها لا تخضع للقانون الدولى، ولا تشكل عقود البترول استثناء على هذه القاعدة(٢).

٣ - وفيما يتعلق بالمبررات القانونية التى يرى الأستاذ WEIL أنها تكشف عن تأصل عقود التنمية الاقتصادية التى تبرمها الدول والأشخاص الأجنبية فى النظام القانونى الدولى، فإنها تبدو لنا مبررات غير مقنعة، بل وأحيانا ما تنطوى على شيء من المغالطة.

فمن جهة، إن القول بارتباط العقد بالتشريعات الداخلية فى الدول المتعاقدة لا يكشف عن تأصل هذا العقد فى النظام القانونى الدولى بقدر ما يكشف عن تأصله فى النظام القانونى الداخلى للدولة المتعاقدة.

ولقد أثارت مسألة أثر التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية انتباه مجمع القانون الدولى أثناء مناقشة مسألة القانون الذى يحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية فى حلسته المنعقدة بأوسلو

---

(١) راجع: د. أحمد رفعت، المرجع السابق، ص ٢٨٩، ٢٩٠.

(٢) انظر فى نفس المعنى: AIT CHAALAL (M.S.), Op. Cit., P. 107.

عام ١٩٧٧، حيث ثار التساؤل عما إذا كان وجود تشريع فى الدولة المتعاقدة يتعلق بالاستثمارات الأجنبية الخاصة له تأثير على مسألة القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والشخص الأجنبى.

وإذا كان أعضاء اللجنة الواحدة والعشرين - المكلفة بمناقشة هذه العقود - قد أعربوا عن وجهات نظر مختلفة. بيد أن أيا منهم لم يدع أن ارتباط العقد بهذه التشريعات يكشف عن تأصله فى النظام القانونى الدولى. بل على العكس من ذلك، فإن غالبية أعضاء اللجنة قد رأوا أن العقد فى هذه الحالة يخضع للقانون الداخلى للدولة المتعاقدة مالم يوجد شرط صريح مخالف(١).

ومن جهة ثانية. فإن المعاهدات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية وإن كانت تعبر عن الأهمية المتزايدة لرؤوس الأموال الخاصة فى الاقتصاد العالمى. غير أنها لا تضفى على عقود الاستثمار طابع التصرفات القانونية الدولية.

كما إن دراسة هذه المعاهدات تسمح بالتأكيد على أن هذه العقود تخضع فى المقام الأول للقانون الداخلى. وقد يتم النص على ذلك صراحة فى بعض الأحيان، وقد يستفاد ضمنا من خلال الإحالة إلى القواعد الوطنية فى الغالب الأعم من الحالات. كذلك عندما لا تفرد المعاهدة للحقوق المتولدة عن العقد بمعاملة خاصة. فإن ذلك يعنى خضوعها للقوانين الداخلية. طالما أن أطراف المعاهدة لم يعبرو عن إرادة واضحة فى إخضاعها للقانون الدولى(٢).

ومن جهة ثالثة. فإن التمسك بقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية. وانشاء نظام اقتصادى دولى جديد، بغية التأكيد على تدويل العقود المتعلقة باستغلال هذه الثروات

---

(١) انظر السؤال رقم (٩) الذى طرحه الأستاذ VAN HECH مقرر اللجنة. وإجابة الأعضاء عن هذا السؤال فى: A.I.D.I., 1977, 11, P. 201 etSS.

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 89, N° 57.

وإخضاعها للقانون الدولى، أمر ينطوى على شيء من المغالطة. ويكفى فى هذا المقام أن نشير إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء(١)، من أن تقرير حق السيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية، بما فى ذلك الثروات البترولية، لا يجعل من التعاقد على استغلال هذه الثروات نشاطا يحكمه القانون الدولى، بل على العكس يدخله فى صميم الاختصاص الداخلى للدولة المتعاقدة، لأن القانون الدولى إنما يعمل على صيانة واحترام السيادة القانونية للدولة، ولأن ما رتبته قرارات الأمم المتحدة ليس تغييرا فى طبيعة عقد الامتياز البترولى، وإنما هو تقرير لحماية إضافية يكفلها القانون الدولى للدولة ضد أى عدوان أو انتهاك من الغير لهذه الحقوق.

ومما يؤيد وجهة النظر هذه تصريحات ممثلى الدول عند إعداد هذه القرارات، والتى يتجاهل أنصار التدويل الإشارة إليها. فالدول الاشتراكية (آنذاك) ودول العالم الثالث اهتمت فى كل مرة تثور فيها هذه المسألة بالتأكيد على أنهم يعتبرون العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبى بمثابة عقود داخلية. ولم يختلف موقف الدول المتقدمة فى هذا الصدد. فقد كان محور اهتمام هذه الدول طوال المناقشات هو احترام الحد الأدنى المقرر للأجانب، وبالقيود التى يفرضها القانون الدولى على السلطات السيادية للدولة. بيد أن ذلك كان من خلال النظرة التقليدية للعلاقات فيما بين الدول. ففى الواقع، لا يوجد أى تصريح من تصريحات هذه الدول يمكن تفسيره على أنه يحمل تأكيدا من أى نوع للنظريات الفقهية التى تنادى بتدويل هذه العقود.

ومن ثم، فإن الخلاف الجذرى بين الدول النامية والدول المتقدمة كان يدور حول مضمون التزامات الدولة بشأن معاملة الأجانب وليس على مسألة التطبيق المباشر للقانون الدولى على هذه العقود، مادام أن كلا من الطرفين كان ينظر إلى العقد على أنه تصرف قانونى داخلى(٢).

---

(١) انظر: د. محمد طلعت الغنيمى، تغير الأوضاع ....، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) راجع فى ذلك: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 85 etS, N° 61.

ومن جهة رابعة، فإن التمسك بنص المادة (٤٢) من اتفاقية البنك الدولى كدليل على تدويل العقد وتوطنه فى النظام القانونى الدولى لا يمكن الأخذ به على اطلاقه. ذلك أنه من الثابت أن المادة (٤٢) لا تنص على اللجوء إلى القانون الدولى إلا فى حالة عدم وجود اختيار من قبل الأطراف للقواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد. وإذا كانت الاتفاقية قد أجازت لمحكمة التحكيم المشكلة فى إطار المركز الدولى اللجوء إلى مبادىء القانون الدولى، فليس معنى هذا أن كل عقد تخضع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم لدى المركز يخضع بالضرورة للقانون الدولى العام. فاتفاقية البنك تضفى العديد من الضمانات على عقود القانون الداخلى، بيد أنها لا تنشىء تصرفات قانونية دولية. إن القول بغير ذلك سيكون مخالفا لنص المادة (٤٢) والتى تشير، فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فى المقام الأول(١).

أما بالنسبة للمعطيات السياسية والاقتصادية Politico – économiques والتى أجهد الاستاذ WEIL نفسه فى بيانها، فيكفى الرد على ذلك بالقول بأن مثل هذه الأمور وإن كانت تبرز بوضوح الأهمية الكبرى لهذه العقود، نظرا لأهمية الثروة المتعلقة بها، بالنسبة للدول المتقدمة والدول المنتجة على حد سواء، بيد أنه لا شأن لها فى تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود وتحديد النظام القانونى الحاكم لها.

---

(١) راجع: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 79, N° 56. حيث يقول:
«on peut considérer comme possible l'application du droit international par un tribunal C.I.R.D.I. est - ce 'a dire que tout contrat soumis 'a cet organisme serait nécessairement régi par le droit des gens? nous ne le pensons pas. A notre sens, la convention BIRD confère des garanties aux contrats de droit interne, mais ne crée pas d'actes juridiques internationaux ... toute autre conception serait contraire au texte de L'article 42 qui, 'a défaut d'accord entre les parties, renvoie en premier lieu au droit de l'État contractant».

نخلص مما تقدم إلى عدم صلاحية الأسانيد التى تمسك بها أنصار الاتجاه القائل بإخضاع العقود المبرمة بواسطة الدولة أو الأشخاص العامة التابعة لها مع الشركات الأجنبية للقانون الدولى العام.

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن المحكمة الدائمة للعدل الدولى، ومحكمة العدل الدولية فيما بعد، قد رفضت تدويل هذه العقود.

ففى قضية القروض الصربية والبرازيلية، فإن المحكمة الدائمة للعدل الدولى فى حكميها الصادرين فى ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ أكدت على أن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولى، يجد أساسه فى القانون الوطنى لدولة ما، وأن مسألة معرفة ماهو هذا القانون تعد جزءا من القانون المعروف اليوم باسم القانون الدولى الخاص أو نظرية تنازع القوانين(١).

وقد سارت على نفس النهج أيضا محكمة العدل الدولية، ففى قضية الشركة الأنجلو إيرانية للبترول، رفضت محكمة العدل الدولية وجهة نظر المملكة المتحدة التى مفادها أن عقد البترول المبرم فى ٢٩ ابريل لسنة ١٩٣٣ بين حكومة إيران والشركة الأنجلو ايرانية يعتبر ذا طبيعة مزدوجة، بمعنى أنه يعد عقدا بين حكومة إيران والشركة من ناحية ومعاهدة بين حكومة إيران وحكومة المملكة المتحدة من ناحية أخرى، مؤكدة على أن هذا العقد ليس سوى عقد امتياز مبرم بين حكومة وشركة خاصة أجنبية، وذلك بقولها «إن المحكمة لا يمكنها أن تقبل الرأى القائل بأن العقد المبرم بين حكومة إيران والشركة الأنجلو ايرانية له طابع مزدوج. إن هذا العقد ليس سوى عقد امتياز مبرم بين حكومة وشركة خاصة أجنبية، ولا توجد أى علاقة تعاقدية بين الحكومة الإيرانية وحكومة المملكة المتحدة. فبموجب هذا العقد لا تستطيع حكومة إيران أن تطالب المملكة المتحدة بأية حقوق لها تجاه الشركة، كما لا يمكنها الادعاء بوفائها

---

(١) انظر: Clunet 1929. P. 1077.

أمام المملكة المتحدة بالالتزامات التى تتحمل بها تجاه الشركة. إن المستند الذى يحمل توقيع ممثلى الحكومة والشركة لا يستهدف سوى غرضا واحدا هو تنظيم العلاقة بين هذه الحكومة وتلك الشركة فيما يتعلق بالامتياز ولا ينظم بأى شكل من الأشكال العلاقة بين كل من الحكومتين»(١).

وإزاء الانتقادات التى وجهت إلى الاتجاه القائل بإخضاع هذه العقود للقانون الدولى العام، ذهب جانب من الفقه إلى القول بإخضاع هذه العقود لنظام قانونى ثالث. وهو الاتجاه الذى سنعرض له فى الصفحات التالية.

المطلب الثالث

إخضاع العقد لنظام قانونى ثالث

ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول، لنظام قانونى ثالث مستقل عن القوانين الوطنية والقانون الدولى العام. بيد أنهم قد اختلفوا فيما بينهم بشأن تحديد المقصود بهذا النظام. ويمكن التمييز فى هذا الصدد بين أربعة أراء: الرأى القائل بفكرة القانون الذاتى للعقد، والرأى القائل بتطبيق المبادىء العامة للقانون المعترف بها فى الأمم المتمدينة، والرأى القائل بتطبيق قانون عبر الدول، والرأى القائل بتطبيق قانون التجارة الدولية. ونعرض فيما يلى لهذه الآراء تباعا.

أولا: الرأى القائل بفكرة القانون الذاتى للعقد:

ذهب جانب من الفقه(٢) إلى القول بأن العقود التى تبرمها الدولة مع

---

(١) انظر الحكم فى: C.I.J., 22 Juillet 1952, Recueil 1952, P. 112.

(٢) راجع فى هذا الرأى:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., PP. 177 - 178; EL-KOSHERI (A.S.), La Notion de contrat international, these, Rennes, 1962, P. 600 etSS. Spéc. P. 604 etS; Le régime juridique ...., Op. Cit., P. 288; stabilité et évolution ..., Op. Cit., 290. MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 67 etSS; LEDUCQ (X.), Op. Cit., P. 223 etSS.

الأشخاص الخاصة الأجنبية - كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول - لا تخضع للقانون الداخلى لدولة معينة وذلك لأن أطرافها وهما الدول والأشخاص العامة من ناحية والأشخاص الأجنبية من ناحية أخرى. لا يخضعون لقانون وطنى مشترك. كذلك فإن هذه العقود لا تخضع للقانون الدولى العام لأنها ليست معاهدات دولية مبرمة بين أشخاص هذا القانون. إذ أن أحد أطرافها لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية. بل إن هذه العقود تشكل طائفة ثالثة من العقود تتميز بأنها تخضع لنظام قانونى جديد تنشؤه الإرادة المتطابقة للأطراف. فهذه العقود تكفى بذاتها وتعد بمثابة قانون الأطراف. أى أن النظام القانونى الذى يحكم حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد هو قانون العقد ذاته la lex contractus.

وقد بنى أصحاب هذا الرأى وجهة نظرهم هذه على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين Pacta sunt sevanda من جهة ومبدأ استقلال الإرادة من جهة أخرى. وقد ذهب أصحاب هذا الرأى إلى أنه ليس من الضرورى أن يستند كل عقد إلى نظام قانونى سابق على وجوده. فالاتفاقات التى أبرمت مثلا بين الشركات الاستعمارية السابقة والأمراء الهنود، وتلك التى أبرمتها الدول الأوربية مع رؤساء القبائل الأفريقية، لم تكن تستند إلى القانون الوطنى لأحد الأطراف ولا إلى القانون الدولى، حيث كان هؤلاء الأمراء وتلك القبائل خارج المجتمع القانونى الدولى. وإذا كان حقيقيا أن المجتمع هو الذى يمكنه أن ينشىء القانون ubi societas, ibi jus. فى المقابل فإن الاتفاق المبرم بالتطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يمكنه أن يؤسس مجتمعا جديدا ubi jus, ibi societas. وبالإضافة إلى ذلك، كانت المعاهدات الدولية تلزم الدول استنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك فى وقت

وأيضا: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٦٩٧ ومابعدها؛ د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول .....، المرجع السابق، ص ٧٤٢ ومابعدها؛ د. عبدالبارى أحمد، المرجع السابق، ص ١١١ ومابعدها؛ د. يوسف الاكيابى، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص، بدون دار نشر، ١٩٨٩، ص ٤٢٩ ومابعدها.

لم يكن فيه القانون الدولى العرفى المتعلق بالمعاهدات قد وجد بعد. فكما أن تكرار المعاهدات قد أدى إلى ميلاد مثل هذا القانون الدولى، نفس الشيء فإن تكرار إبرام مثل هذه الاتفاقات شبه الدولية سوف يبرز يوما ما نظاما قانونيا خاصا بهذه الاتفاقات.

ويرى أصحاب نظرية القانون الذاتى للعقد أن هذه النظرية لا تنطبق على كل العقود التى تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، بل يجب التمييز بين العقود التى تبرم بواسطة سلطة إدارية داخلية فى الدولة، والعقود التى تبرم بواسطة السلطة المختصة بإبرام المعاهدات الدولية. ففى حين أن النوع الأول من العقود، يظل خاضعا للقانون الداخلى، فإن النوع الثانى من العقود هى وحدها التى تعد بمثابة اتفاقات شبه دولية، حيث يتم إبرامها والتصديق عليها بواسطة الحكومة، أى بواسطة أعلى سلطة فى الدولة والتى تختص بإبرام المعاهدات الدولية، وبالتالى تخضع للقانون الذاتى للعقد. ومن بين الأمثلة التى ذكرها هؤلاء للاتفاقات شبه الدولية بعض عقود امتياز البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية مثل اتفاق إيران مع شركة البترول الأنجلو إيرانية سنة ١٩٣٣، واتفاق إيران مع الكونسرتيوم سنة ١٩٥٤، واتفاق أبوظبى مع شركة تنمية البترول المحدودة سنة ١٩٣٩، واتفاق قطر مع شركة البترول البحرية الدولية سنة ١٩٣٥. وأخيرا فقد أوضح أصحاب هذه النظرية أن العقد قد لا ينص على كل شيء ولذلك يجوز للأطراف أن يحيلوا إلى أنظمة قانونية أخرى، وبصفة خاصة قانون الدولة المتعاقدة أو القانون الدولى، وذلك من أجل تكملة النقوص المحتملة فى العقد أو تفسير ما يتضمنه من شروط. بيد أن هذه الأنظمة القانونية تظل دائما مصادر احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا فى الحدود المبينة فى العقد. بعبارة أخرى، فإن هذه الأنظمة القانونية لا تطبق إلا عندما يفوضها فى ذلك القانون الذاتى للعقد.

تقدير هذا الرأى:

تعرضت نظرية القانون الذاتى للعقد لانتقادات حادة فمن ناحية إن هذه النظرية تخالف القواعد العامة فى القانون التى تقرر أن العقد لا يمكن

أن يوجد فى فراغ قانونى، بل يتعين أن يستند إلى نظام قانونى موجود سلفا. فإرادة الأطراف لا يمكنها أن تنشىء نظاما قانونيا قائما بذاته. فهذه الإرادة لا يمكنها إحداث آثار قانونية إلا إذا استندت إلى نظام قانونى قائم يقرر أن تطابق الإرادات يمكنه أن يرتب، وفق شروط معينة، آثارا قانونية محددة. فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ استقلال الإرادة ليسا من المبادىء الفلسفية، ومن غير الممكن أن يوجدا فى فراغ بل لابد من أن يستندا إلى نظام قانونى يمنحهما القوة القانونية ويحدد لهما الضوابط ويرسم لهما الحدود(١).

ولقد جاء حكم تحكيم أرامكو معبرا فى هذا الخصوص. فعندما تمسكت شركة أرامكو أمام محكمة التحكيم بأن عقد الامتياز المبرم بينها وبين حكومة السعودية يعد بمثابة قانون الأطراف(٢)، رفضت المحكمة تبنى هذا الرأى، وقضت بأنه «من المؤكد أن العقد أيا كان لا يمكن أن يوجد فى فراغ، بل يجب أن يستند إلى قانون. فالعقد ليس عملية متروكة كلية لإرادة الأطراف، بل يجب أن يكون مؤسسا على قانون وضعى يضفى على التعبيرات المتبادلة والمتطابقة لإرادة الأطراف الآثار القانونية. فبدون وجود قانون ينشأ الاتفاق فى ظله، فإن الاتفاق نفسه يعد أمرا غير متصور

---

(١) انظر: د. هشام صادق، النظام العربى لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٧، ص ٢٤٧؛ وانظر فى نفس المعنى:
EL-KOSHERI (A.S.), Le régime juridique ..., Op. Cit., PP. 288 - 289; STABILITÉ et ÉVOLUTION ..., Op. Cit., P. 290; MCNAIR (C.), The general principles of law recognized by civilized Nations, B.Y.B.I.L., 1957, 33, P. 7; MANN (A.), Op. Cit., P. 49; WEIL (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 181; LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ... P. 295 et Contrats entre États ... Op. Cit., P. 46; JONATHAN (G.C.), Op. Cit., P. 456; MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 69; LALIVE (P.), L'État en tant que ... Op. Cit., P. 335.

(٢) انظر: Rev. Crit., 1963, P. 295.

فالإرادة لا يمكنها أن تولد علاقات تعاقدية إلا إذا كان القانون الذى تخضع له يمنحها مسبقا هذه السلطة ...»(١).

ومن ناحية ثانية فإن نظرية القانون الذاتى للعقد تعد نظرية خيالية - أو سراب L'oeil - un trompe - وليست واقعية. إن الادعاء بكفاية العقد الذى تبرمه الدولة لحكم العلاقة بين أطرافه، وأنه لذلك فى غير حاجة إلى نظام قانونى معين، إدعاء يناهض الواقع العملى الذى يؤكد استحالة توقع الأطراف مقدما لكل أوجه النزاع التى قد تثار بينهم فى المستقبل. فنصوص العقد مهما بلغت دقتها وتعددت تفاصيلها لا يمكنها أن تحكم حقوق والتزامات الأطراف. فالنقص والقصور فى شروط العقد وأحكامه يعد أمرا قائما لأن الأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الاحاطة بكل جوانب العلاقة التعاقدية(٢).

ولعل ذلك هو ما دفع أنصار هذه النظرية إلى القول بأنه يجوز لأطراف العقد أن يحيلوا إلى أنظمة قانونية أخرى، وأنه فى حالة سكوتهم فانه يمكن تفسير هذا السكوت على أنه بمثابة إحالة للمبادىء العامة للقانون.

---

(١) انظر الحكم: Rev. Crit., 1963, P. 312. حيث يذكر أن:

«il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit; Ce n'est pas une opération pleinément abandonne `a la volonté des parties; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des cocontractants. Sans un droit que préside `a sa création, la convention n'est même pas concevable. la volonté ne peut engendrer de rapports conventionnels qui Si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir».

(٢) انظر: WEIL (P.): Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 182.

د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق .....، المرجع السابق، ص ٢٦٢، بند ٢٢٧؛ د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٦٦، بند ٩؛ د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

بيد أنهم أوضحوا أن القانون المحال إليه لا يتم تطبيقه إلا باعتباره قانون تم تفويضه من قبل القانون الذاتى للعقد. وبناء عليه فإنه، وفقا لهذه النظرية، فى الحالة التى لا ينص فيها العقد على اللجوء إلى القانون الداخلى للدولة المتعاقدة أو القانون الدولى، فإن أى منهما لا يمكنه التدخل بأى حال من الأحوال، وهذا معناه إخضاع تطبيق القانون الدولى والقانون الداخلى على حد سواء لإرادة الأطراف المتعاقدة وهو ما لا يمكن التسليم به. فمن جهة إن القول باخضاع القانون الدولى لإرادة الأطراف يتعارض مع أولوية وسمو هذا القانون(١). فمن المسلم به عموما أنه فى حالة التنازع بين العقد والقانون الدولى فإن هذا الأخير هو الذى يجب أن يكون راجحا على أحكام العقد(٢). ومن جهة أخرى فإن القانون الداخلى للدولة المتعاقدة يظل واجب التطبيق فى بعض الأحوال حتى ولو كان تطبيقه غير منصوص عليه فى العقد، بل حتى ولو كان العقد يستبعد تطبيقه(٣).

ومن ناحية ثالثة فإن القول بأن الدولة والشخص الأجنبى يمكنهما إبرام اتفاق يكفى بذاته ومستقل عن كل نظام قانونى وضعى قول يترتب عليه نتائج بالغة الخطورة. فمن المعروف أن العقود تبرم وتنفذ فى إطار نظام قانونى معين يتضمن قواعد آمرة Jus cogens لا يجوز للأطراف مخالفتها بأى حال من الأحوال (مثل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب). والسؤال الذى يثور إذن هو هل يمكن للعقد - والذى ينشىء نظاما قانونيا مستقلا قائما بذاته - أن يتضمن اشتراطات تتجاهل الحقوق الأساسية للإنسان. على سبيل المثال، لو أن حكومة ألمانيا النازية قد أسندت إلى

---

(١) انظر: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٧٤٨،
وأيضا: MANN (A.), Op. Cit., P. 50. حيث يذكر أن:

«An international lawer, in particular, cannot give approval to a theory according to which there is any lex higher than, or uncontrolled by public international law».

(٢) راجع: MUSTAPHA (M.): Op. Cit., P. 70.

(٣) انظر: Ibid, P. 70 - 71.

شركة أجنبية بمقتضى عقد مبرم بينهما القيام ببعض الأعمال التى تساهم فى الإبادة العنصرية، فهل مثل ذلك العقد يتعين النظر إليه على أنه عقد صحيح مادام لا توجد قاعدة آمرة فى نظام قانونى آخر تدين هذا التعاقد؟

وردا على هذا التساؤل، أجاب أنصار نظرية القانون الذاتى للعقد بأن اللجوء إلى المبادىء العامة يمكنه حل هذه المشكلة. بيد أن هذا الرد يدين هذه النظرية فى مجموعها لأنه إذا كانت المبادىء العامة لا يرجع إليها إلا عند الأحالة إليها من قبل القانون الذاتى للعقد، فإن هذا الأخير يمكنه بداهة استبعاد اللجوء إليها منذ البداية، بحيث تكون الحقوق الأساسية للإنسان مسألة متروكة فى النهاية لرحمة الأطراف المتعاقدة(١).

بل والأخطر من ذلك كله إن نظرية القانون الذاتى للعقد، بالنظر لما ينتاب العقد من نقوص لا يمكن تفاديها لعدم مقدرة الأطراف على تصور جميع المشاكل والعقبات التى يمكن أن تواجههم عند تنفيذ العقد ووضع الحلول المناسبة لها، تخول المحكمين حرية مطلقة لا حدود لها Sans bornes فى تفسير العقد(٢). ويكفى أن نذكر ما كتبه الأستاذ باتيفول(٣) عن هذه النظرية قائلا :«أن هذه النظرية تقرر حرية غاية فى

---

(١) راجع فى ذلك:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., PP. 182 - 183.

وأيضا د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول .... المرجع السابق، ص ص ٧٤٨ - ٧٤٩.

(٢) انظر:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ... Op. Cit., P. 183.

وأيضا: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول، المرجع السابق، ص ٧٤٩ - ٧٥٠.

(٣) انظر:

BATIFFOL (H.), La sentence Aramco et ... Op. Cit., P. 655.

حيث يقول:

«Une telle conception admettrait une liberté dangereuse pour les faibles, pleine de surprises pour les tiers, laissant les juges ou les arbitres dans un embarras -

الخطورة بالنسبة للأطراف الضعيفة فى العقد، مملؤة بالمفاجآت غير المتوقعة بالنسبة للغير. توقع القضاة والمحكمين فى مأذق حرج، وتلزمهم فى الواقع بأن يخلقوا بأنفسهم نظاما جديدا يتضمن كل التفسيرات التى لا يمكن لأى نظام قانونى أن يستغنى عنها. بيد أنه من المصطنع اختلاق هذا النظام بعد فوات الأوان».

وإلى جانب ما سبق ذكره من انتقادات، فإن هذه النظرية منتقدة من حيث التفرقة التى أجراها أصحاب النظرية بين العقود التى يتم إبرامها بواسطة سلطة إدارية داخلية، وتلك التى تبرم بواسطة السلطة المختصة بإبرام المعاهدات الدولية، واعتبار النوع الثانى فقط اتفاقات شبه دولية، بينما يظل النوع الأول خاضعا للقانون الداخلى فى الدولة المتعاقدة. حيث أقام هؤلاء هذه التفرقة على أساس السلطة التى أبرمت العقد، وليس على أساس موضوع العقد ذاته والغرض منه ونوع المشكلات المتعلقة بإبرامه وتفسيره وتنفيذه. وترتيبا على ذلك لو كنا بصدد عقدين بتروليين أحدهما أبرمته الدولة بواسطة السلطة المختصة بإبرام المعاهدات، أى السلطة التى تملك الزام الدولة على الصعيد الدولى، والآخر أبرمته الدولة بواسطة سلطة إدارية داخلية لا تملك إلزام الدولة على الصعيد الدولى فإن هذين العقدين يحكمهما قوانين مختلفة. فالأول يحكمه القانون الذاتى للعقد باعتباره بمثابة اتفاق شبه دولى، والآخر يظل خاضعا للقانون الداخلى للدولة المتعاقدة، وذلك على الرغم من تماثل كلا العقدين فى موضوعهما ووظيفتهما والجنسية الأجنبية للمتعاقد الخاص، وما يترتب عليه من تماثل فى المشكلات والمنازعات التى تترتب على كل منهما. وعلى ذلك فإن الأخذ بنظرية القانون الذاتى للعقد يترتب عليه حلول مختلفة لهذه المشكلات والمنازعات المتماثلة تتوقف على ما إذا كانت الجهة التى أبرمت العقد تملك أو لا تملك سلطة إلزام الدولة على الصعيد الدولى.

= excessif, les obligeant à forger eux - mêmes en réalité un système nouveau qui devrait comporter des précisions dont aucun système ne peut se passer, mais qu, il est artificiel de fabriquer après coup.»

هذا وقد مضت الإشارة إلى أن الكثير من الدول المنتجة للبترول قد قامت بإنشاء مؤسسات وشركات وطنية وعهدت إليها بمهمة البحث عن البترول واستغلاله وتنميته والتعاقد بشأنه مع الشركات الأجنبية. مثل مؤسسة بترومين السعودية وشركة سوناطراك الجزائرية والشركة الوطنية الايرانية للبترول. وقد أبرمت بالفعل هذه المؤسسات وتلك الشركات العديد من عقود البترول مع الشركات الأجنبية. ولا يمكن القول مطلقا بأن هذه المؤسسات وتلك الشركات تملك سلطة إبرام المعاهدات وإلزام الدولة على الصعيد الدولي. وبناء عليه يمكن القول بأن نظرية القانون الذاتى للعقد - وفقا لهذه النظرية ذاتها - لا تنطبق على عقود البترول التى تبرم بواسطة المؤسسات والشركات التابعة للدولة المنتجة على أساس أن هذه المؤسسات وتلك الشركات لا تملك سلطة إبرام المعاهدات، ولا إلزام الدولة التابعة لها على الصعيد الدولى(١).

ثانيا: الرأى القائل بإخضاع العقد لقانون عبر الدول:

يعتبر الأستاذ «فيليب جيسوب» أول من نادى بفكرة قانون عبر الدول Transnational law(٢).

ويقصد باصطلاح قانون عبر الدول فى رأى هذا الفقيه كل القواعد المنظمة للتصرفات والوقائع التى تتعدى حدود دولة واحدة. وعلى ذلك فهو يشمل القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص. وأيضا بعض القواعد الأخرى التى يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون.

ويرى جيسوب أن قانون عبر الدول هو ذلك القانون الذى يطبق على الجماعة الدولية ذات التركيب المتداخل والتى تبدأ بالفرد حتى تصل إلى ما يسمى بالعائلة الدولية أو مجتمع الدول. فالدولة ليست الجماعة

---

(١) راجع مع المزيد من التفاصيل: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧٠٧ ومابعدها.
(٢) انظر: فيليب جيسوب: قانون عبر الدول، القانون الدولى فى أبعاده الجديدة، ترجمة د. ابراهيم شحاته، مكتبة القاهرة الحديثة، سنة ١٩٦٦.

الوحيدة التى يعنى بها هذا القانون. ولذلك لا يوصف هذا القانون بأنه «دولى» أو «بين الدول» international، ذلك أن هذا التعبير قد يثير اللبس، فيوحى بأنه لا يعنى إلا بالعلاقات بين دولة ما وبين الدول الأخرى(١).

وعلى ذلك يحكم قانون عبر الدول العلاقات الإنسانية التى تتجاوز حدود دولة واحدة، أى العلاقات التى يمكن أن توصف بأنها عبر دولية. وقد تتعلق هذه العلاقات بأفراد أو شركات، أو بدول أو منظمات دولية أو بغير ذلك من الجماعات. وقد ساق الفقيه بعض الأمثلة على ذلك قائلا أن المواطن الأمريكى، أو الشخص عديم الجنسية، الذى يسند إليه اتهام ما عند حدود دولة أوربية، يكون فى موقف من المواقف التى توصف بأنها عبر دولية. كذلك الأمر بالنسبة لشركة نفط أمريكية عندما تمارس نشاطها فى فنزويلا، فانها تكون فى موقف من المواقف التى توصف بأنها عبر دولية أو بالنسبة للأمم المتحدة عندما ترسل مندوبا إلى فلسطين أو عندما تمارس غرفة التجارة الدولية حقها فى حضور مؤتمر يدعو إليه المجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع للأمم المتحدة. ومن ثم فإن النشاط عبر الدولى قد يمارسه أفراد أو شركات أو هيئات أو دول(٢). وترتيبا على ذلك فإن هذا القانون يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول محل الدراسة.

ولقد بنى الفقيه وجهة نظره هذه على أساس وحدة المشكلات الإنسانية. حيث يرى أن بعض المشكلات التى تعتبر دولية بصفة أساسية وتؤدى حتما إلى التوتر والمنازعات بين حكومات وشعوب دولتين مختلفتين هى مجرد مشكلات إنسانية يمكن أن تثور على أى مستوى من مستويات المجتمع الإنسانى، بين الأفراد أو بين الهيئات، على الصعيد الوطنى أو على

---

(١) انظر: المرجع السابق، ص ص ١٢ - ١٤.

(٢) انظر: المرجع السابق، ص ص ١٥ - ١٦.

الصعيد الدولى. وقد ساق الفقيه بعض الأمثلة - التى لا تخلو من الطرافة - للتدليل على وحدة المشكلات الإنسانية. حيث يرى أن هناك تشابها وتماثلا بين مشكلة المغرب مع فرنسا ومشكلة فتاة فقيرة تزوجت بشاب غنى وفر لها كل أسباب الراحة وانتشلها من الحياة الصعبة التى كانت تعيشها إلى حياة رغدة سهلة، ثم شعرت بالملل والضجر فطلبت الانفصال عنه. هكذا حال المغرب التى كانت تعانى الكثير من المتاعب، وأرغمت على الدخول فى الصراع بين الدول الكبرى ورأت المغرب وضعها تحت الحماية هو السبيل إلى الخلاص من متاعبها. وبعد أن وضعت تحت حماية فرنسا التى أخذت على عاتقها القيام ببناء المغرب حضاريا وتنمية مواردها الاقتصادية، بدأت المغرب تفكر فى الخير الذى سيعود عليها إذا أصبحت سيدة نفسها. ولذلك لجأت إلى الأمم المتحدة لتحصل على استقلالها(١).

وقد تصدى الفقيه جيسوب لمسألة اختيار القانون الذى يحكم المشكلات الانسانية مؤكدا من ناحية على أنه ليس فى شخصية الأطراف ما يمنع تطبيق نظام قانونى أو أكثر من الأنظمة التى ينقسم إليها الحقل القانونى بصفة تقليدية. فقد تحكم مسئولية الدولة عن تصرفاتها قواعد القانون الدولى أو قواعد تنازع القوانين أو قواعد القانون الداخلى للدولة نفسها أو قواعد القانون الداخلى لدولة أجنبية. وكذلك الأمر بالنسبة للمنظمات الدولية إذا نظرنا إلى دستورها وأنظمتها ولوائحها على أنها القانون الداخلى لها. كما أن مسئولية الشركة أو الفرد العادى قد تتحدد على أساس القانون الوطنى أو القانون الأجنبى أو قواعد تنازع القوانين أو القانون الدولى العام.

كما أكد من ناحية أخرى على أنه ليس فى شخصية المحكمة ما يمنعها من تطبيق نظام أو أكثر من هذه النظم القانونية. فالمحكمة الوطنية تطبق قانون دولتها وقوانين الدول الأجنبية وقواعد تنازع القوانين والقانون

(١) انظر: المرجع السابق، ص ص ٢٧ - ٢٩.

الدولى. كذلك تطبق المحاكم الدولية القانون الدولى وقواعد تنازع القوانين والقانون الوطنى. كما أكد على أنه ليس هناك من فارق بين القانون المدنى والقانون الجنائى فيما يتعلق بإمكان تطبيق كل منهما على الأفراد والشركات والدول[١].

وانتهى الفقيه إلى أن قانون عبر الدول والذى يشمل الجانبين المدنى والجنائى ويشمل ما نعرفه باسم القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص، ويشمل كذلك القانون الوطنى. عاما وخاصا، يسمح للمحكمة داخلية كانت أو دولية بأن تختار عند التنازع من بين هذه النظم القانونية كلها القاعدة التى تراها أكثر اتساقا مع العقل والعدل لحل أية منازعة معينة. ولا يلزم أن يكون الاختيار على أساس الاقليمية أو الشخصية أو الجنسية أو الموطن أو الاختصاص أو السيادة أو أى مبدأ آخر إلا بالقدر الذى تكون فيه هذه التسميات انعكاسا للتجربة الانسانية مع المناسبة المطلقة والنسبية للقانون والمحكمة[٢]. وبعبارة أخرى فإن ضابط الاختيار عند الفقيه «جيسوب» هو أن تكون القاعدة واجبة التطبيق أكثر اتساقا مع العقل والعدل لحل أية منازعة معنية دون التقيد بمبدأ معين من هذه المبادىء المذكورة.

ويعتبر الأستاذ «J. LALIVE»[٣] من أكبر الفقهاء المناصرين حاليا لإخضاع العقود المبرمة بين الدول أو الأشخاص العامة والشركات الخاصة الأجنبية - كما هو الحال بالنسبة لعقود البترول - لقانون عبر الدول. ويرى أنه نظام وسط مخصص لكى يحكم بعض المراكز الاجتماعية والاقتصادية التى لا يمكن بصددها تطبيق القانون الداخلى ولا القانون

---

(١) انظر: المرجع السابق، ص ٨٧ ومابعدها، خصوصا ص ص ١١٦ - ١١٧.

(٢) انظر: المرجع السابق، ص ص ١٢٠ - ١٢١.

(٣) راجع:

LALIVE (J.): Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P. 295 etSS; Contrats entre ... Op. Cit., P. 31, P. 47 - 48 et PP. 184 - 185.

الدولى(١). فهذا الفقيه يقترح إذن بدلا من التقسيم الثنائى التقليدى للأنظمة القانونية ما بين قانون داخلى وقانون دولى، الأخذ بتقسيم ثلاثى tripartite للأنظمة القانونية. ويرى أنه عندما يوجد مركز قانونى يتعذر إدراجه فى إطار هذا النظام أو ذاك، يجب اللجوء إلى نظام قانونى ثالث يقع فى طريق وسط هو قانون عبر الدول(٢).

ويشمل قانون عبر الدول - وفقا له - مجموعة القواعد التى تتجاوز حدود دولة معينة. ومن ثم فهو يشمل المبادىء العامة للقانون، وأعراف وعادات التجارة الدولية، وبعض القوانين الموحدة (وهو ما يشكل ما يسمى القانون التجارى الدولى أو قانون التجار). ويشمل كذلك القانون أو التنظيم الداخلى للمؤسسات الدولية العامة التى لا تخضع لنظام قانونى وطنى ولا للقانون الدولى، والقانون الإدارى الدولى، وقضاء المحاكم الداخلية والدولية، وبصفة أساسية قضاء محاكم التحكيم.

ويتشكل هذا القانون فى جزء منه على نحو تلقائى Spontané، بواسطة المتعاملين فى مجال التجارة الدولية وبواسطة المؤسسات الدولية وأيضا بواسطة قضاء المحاكم وخصوصا محاكم التحكيم. وهو قانون مسلم به اليوم على نحو واسع أو متسامح فيه من جانب الدول نظرا لاستجابته لحاجات المعاملات الاقتصادية والتجارية الدولية(٢).

وقد أوضح هذا الفقيه أن تطبيق المبادىء العامة للقانون، والتى تعد

---

(١) انظر:
LALIVE (J.). Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P. 295.
حيث يقول:
«Le droit transnational, système intermédiaire destiné à régir certaines situations sociales et économiques auxquelles ne peuvent s'appliquer ni le droit interne, ni le droit international».
Ibid. P. 296.
(٢) راجع:
(٢) راجع: LALIVE (J.): Contrats entre ... Op. Cit., P. 31.

جزءا من قانون عبر الدول وفقا لرأيه، لا يؤدى إلى إخضاع العقد للقانون الدولى العام، ولا يجعل الأطراف المتعاقدة من أشخاص القانون الدولى. ففى الواقع، إن للمبادىء العامة نطاق تطبيق أكثر اتساعا من تطبيق القانون الدولى العام وحده. فهذه المبادىء نجدها مذكورة صراحة فى العديد من القوانين الوطنية، كما يلجأ إليها عادة القضاء فى البلاد الأنجلو سكسونية. ومن ثم فإن المبادىء العامة تعد مصدرا مشتركا فى القانون الدولى، والقوانين الوطنية، وقانون عبر الدول، وتعد بالنسبة لهذا الأخير المصدر الرئيسى(١).

كما أوضح أن قانون عبر الدول يعد أكثرا اتساعا من قانون التجارة الدولية. فقانون عبر الدول يضم قانون التجارة الدولية إلى جانب المصادر القانونية الأخرى، بحيث يعد قانون التجارة الدولية أحد مكونات قانون عبر الدول.

وأخيرا، فقد أشار هذا الفقيه إلى أن قانون عبر الدول ليس نظاما قانونيا كاملا، بيد أنه موجود وعلى الرغم من كونه ناقصا، إلا أنه يقدم خدمات قيمة للمتعاملين على الصعيد الدولى(٢).

تقدير هذا الرأى:

تعرضت نظرية قانون عبر الدول لانتقادات عديدة من عدة نواحى. فمن ناحية، إن هذا القانون المدعى به ليس له مصادر قانونية خاصة به، بل إن مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، إذ أن بعض قواعد هذا القانون مستمدة من القانون الداخلى (القانون المدنى، والتجارى، والإدارى ... الخ) والبعض الآخر مستمد من القانون الدولى العام. ومن

---

(١) راجع:
LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ...., Op. Cit., P. 297.

(٢) راجع: LALIVE (J.): Contrats entre ... Op. Cit., P. 185.

ناحية ثانية، فإن هذا القانون لا يشتمل على معيار يتحدد على أساسه، بشكل بين، القواعد التى يستعيرها من الأنظمة القانونية الأخرى، وأخيرا فإن هذا القانون لا يحوز آليات خاصة به لتوقيع الجزاءات على من يخالف قواعده(١).

ويرى جانب من الفقه(٢) - وبحق - أن الأمر لا يتعلق بقانون حقيقى مستقل، ومتميز عن القوانين الوطنية والقانون الدولى العام، بخليط من كل هذه القوانين، واقتراح باعطاء القاضى، سواء أكان وطنيا أو دوليا، السلطة فى أن يختار من هذا الخليط، وعلى نحو انتقائى، القاعدة التى يراها أكثر اتساقا مع الحق والعدل لحل النزاع، وذلك بصرف النظر عن مصدر هذه القاعدة أو النظام القانونى الذى تنتمى إليه.

---

(١) انظر WEIL (P.), Problèmes relatifs ..., Op. Cit., P. 184.

حيث يتساءل:

«comment parler d'un ordre juridique alors que les sources en sont communes à d'autres systèmes de droit, certaines règles de ce prétendu (droit transnational) provenant du droit interne (droit civil, droit commercial, droit administratif, etc.», et d'autres du droit international? Comment parler d'un ordre juridique alors qu'il n'existe aucune critère permettant de déterminer avec précision quelles règles il emprunterait à chacun de ces autres systèmes? Comment parler d'un ordre juridique alors que ce dernier ne disposerait en tout état de cause d'aucun mécanisme de sanction qui lui soit propre»?.

(٢) انظر:

KASSIS (A.), Théorie générale des usage du commerce, Paris, L.G.D.J., 1984, P. 546, N° 853.

حيث يقول:

«il ne s'agit guère d'un droit vraiment autonome, distinct des droit Nationaux et du droit international public, mais bien plutôt d'un amalgame de tous ces droit et d'une suggestion de donner au juge, National ou international, le pouvoir de choisir dans cet amalgame, d'une manière -

ولذا يصف هؤلاء قانون عبر الدول بالقول بأنه بدلا من أن نكون بصدد قانون ذى مضمون محدد ومعين، فإننا بصدد شنطة سفر un fourre _ tout، إذ أن هذا القانون يشتمل على كل القوانين الوطنية إلى جانب القانون الدولى العام(١).

على أن أهم ما يمكن أن يوجه إلى هذا القانون من نقد هو أنه لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانونى المطلوب. فلكى يتوافر الأمان القانونى يجب أن يتحقق اليقين فى القانون، بمعنى أن تكون قواعده القانونية واضحة ومحددة. هذا فى حين أن أنصار قانون عبر الدول لم يوضحوا على سبيل التحديد قواعد هذا القانون، ولم يبينوا طبيعة هذه القواعد وضابط اعمالها، بما يبعد قانون عبر الدول عن دائرة اليقين القانونى(٢).

وإذا كان الفقيه «جيسوب» قد حدد ضابط الاختيار بأن تكون القاعدة المختارة أكثر اتساقا مع الحق والعدل، فإن التساؤل الذى يثور هو من أين يستمد القاضى هذه السلطة السيادية؟ وهل يمارس القاضى هذه الحرية فى الاختيار طبقا لمفاهيمه الشخصية للحق والعدل؟

فإذا كان صحيحا أن القاضى الوطنى يمكنه، فى بعض الأحوال، أن يطبق قواعد قانون وطنى آخر أو قواعد القانون الدولى العام، فإنه إنما

- éclectique, la règle qu'il estime la plus conforme à la raison et à la justice pour la solution du litige, et sans égard à la source de catte règle ni au système de droit ou à l'ordre juridique auquel elle se rattache».

(١) انظر: KASSIS (A.), Op. Cit., P. 547. إذ يذكر:

«Avec le droit transnational, au lieu d'un contenu défini et spécifique, on est devant un fourre - tout puisqu'il contient pratiquement tout le droit, des lors qu'on y trouve cote à cote tous les droit Nationaux et le droit international».

(٢) انظر: د. يوسف الاكيابى، المرجع السابق، ص ص ٤٩٢ - ٤٩٤.

يفعل ذلك بالتطبيق لبعض القواعد القانونية فى نظامه القانونى الوطنى (خصوصا قواعد تنازع القوانين عندما يتعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبى). كذلك الأمر، إذا كان القاضى الدولى يجوز له أن يطبق فى بعض الأحوال قواعد قانون وطنى معين، فإنه يفعل ذلك لأن هذه القواعد تحكم من الناحية الفنية الحقوق أو المراكز ذات الطابع الخاص المطروحة أمامه. وفى كلتا الحالتين، فإن الاختيار لا يكون انتقائيا eclectique ولا عارضا بل فنيا ومطابقا لمعايير موجودة سلفا. فالقاضى لا يمكنه أن يقوم بالاختيار الانتقائى من بين القواعد التى تنتمى إلى أنظمة قانونية مختلفة إلا إذا كان متقلدا سلطة التشريع. زد على ذلك أن القاضى لا يمكنه أن يفصل فى النزاع وفقا للقاعدة التى يراها ملائمة فى القضية إلا إذا كانت له سلطة الفصل فى النزاع وفقا لقواعد العدل والانصاف، وهذه السلطة يجب أن تمنح له صراحة من قبل المشرع فى القانون الوطنى، أو من قبل الأطراف فى القانون الدولى العام(١).

على أية حال فإن قانون عبر الدول المدعى به لم يكن محل تطبيق سواء من قبل المحاكم الدولية أو المحاكم الوطنية أو محاكم التحكيم. كما أن مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧ قد رفض إدراج قانون عبر الدول ضمن الأنظمة القانونية التى يجوز للأطراف الاختيار من بينها(٢).

ثالثا: الرأى القائل بإخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون:-

يعتبر الفقيه «ماكنير MC NAIR»(٣)، هو أول من نادى بإخضاع العقود التى تبرمها الدولة مع الشركات الخاصة الأجنبية، بما فى ذلك عقود البترول، للمبادىء العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة.

---

(١) انظر فى ذلك:

KASSIS (A.), Op. Cit., PP. 547 - 548, N⁰ 856.

(٢) راجع: A.I.D.I., 1977, 11, P. 82.

(٣) انظر:

MC NAIR (A.C.): The general principles of law recognized by civilized Nations, B.Y.B.I.L., 1957, 33, P. 1 etSS.

فقد ذهب الفقيه إلى أن إحدى الصعوبات التى تثور عند البحث عن النظام القانونى المناسب لحكم هذا النوع من العقود محل الدراسة تكمن فى الواقع المتمثل فى أن كثيرا من الدول التى تحتاج إلى الخبرة ورأس المال من الخارج لتنمية ثرواتها الطبيعية تسودها نظم قانونية مازالت غير متطورة بالقدر الكافى لحكم هذا النوع من العقود. فأحكام الشريعة الإسلامية، مثلا، فيما يتعلق باتفاقات التنمية الاقتصادية إذا وجدت فهى غير كافية. هذا فضلا عن اختلاف مضمون أحكام الشريعة الاسلامية وفقا للمذاهب الفقهية المتبعة، فمن المعروف أن هناك أربعة مذاهب فقهية فى القانون الاسلامى. وقد يصعب على مواطنى الدول التى استقرت نظمها القانونية وعرفت هذا النوع من العقود، الدخول فى علاقة تعاقدية مع حكومة أجنبية تكون نظمها القانونية غير واضحة Vague وغير متطورة لتحكم مثل هذه العقود(١).

ولقد نادى الفقيه «ماكنير»، كخطوة أولى، بضرورة التخلص من الفكرة التى مفادها أن الاختيار الوحيد للقانون ينحصر بين القانون الدولى العام، والنظام القانونى الوطنى لأى من الأطراف أو المشترك بينهم. فالقانون الدولى الخاص لا يعد فى حد ذاته بديلا، لأنه لا يشتمل على القواعد الموضوعية التى تطبق على النزاع، وإنما هو قانون وصفى تنحصر مهمته فى إرشاد المحكمة فى تحديد النظام القانونى الذى يجب أن تلجأ إليه لحل النزاع المشتمل على عنصر أجنبى(٢).

وفى تساؤله عن النظام القانونى المناسب الذى يحكم عقود التنمية الاقتصادية المبرمة مع حكومة الدولة التى تحوز نظاما قانونيا غير مناسب لحكم هذا النوع من العقود، ذهب الفقيه إلى أن اختيار النظام القانونى المناسب يمكن أن يتأسس على نية الأطراف والتى قد تظهر إما صراحة بموجب نص فى العقد، أو ضمنا من خلال بنود العقد وطبيعته. ثم

(١) انظر: Ibid, P. 4.

(٢) انظر: Ibid, P. 4

انتقد تطبيق قانون محل التعاقد lex loci contractes وقانون محل التنفيذ lex loci solutionis، وذلك بحجة أن طبيعة هذا النوع من العقود والظروف المحيطة بها تنفى وجود أية قرائن لصالح تطبيق أى من هذين القانونين، واستثنى من ذلك حالة وجود نص خاص يقضى بتطبيق قانون محل التنفيذ(١). كما انتقد إخضاع هذا النوع من العقود للقانون الدولى العام بالمعنى الدقيق stricto sensu بدعوى أن هذا القانون مخصص ليحكم العلاقات فيما بين الدول inter _ state. وذهب إلى أنه فى الحالة التى لا يحدد فيها الأطراف نظاما قانونيا معينا فإن نيتهم تكون قد اتجهت إلى إخضاع عقدهم للمبادىء العامة للقانون المعترف به من الأمم المتمدينة(٢).

ولقد انتهى الفقيه إلى عدة مقترحات هى:

١ - أنه من المهم أن يتفق أطراف هذه العقود بشأن النظام القانونى واجب التطبيق.

٢ - أن هذا النظام لا يمكن أن يكون القانون الدولى بالمعنى الدقيق، لأن هذه العقود ليست مبرمة بين الدول.

٣ - عندما تحوز الدولة المتعاقدة والدولة التى ينتمى إليها الشخص الخاص المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافى، وصالحة لأن تحكم هذا النوع من العقود، فإن للأطراف أو المحاكم التى تفصل فى المنازعات الناشئة عنها أن يختاروا أيا من هذين القانونين أو أحدهما بالنسبة لبعض أوجه العقد، والثانى بالنسبة للأوجه الأخرى.

٤ - فى المقابل، عندما يكون النظام القانونى للبلد الذى يجب أن ينفذ فيه العقد فى الجزء الأكبر منه غير متطور بالقدر الكافى لحكم هذا النوع من العقود، فمن غير المحتمل أن يكون فى مقدور القانون الوطنى لكل من الطرفين أن يقدم للأطراف أو المحاكم الحل الملائم. (وذلك

---

(١) انظر Ibid, P. 5.

(٢) انظر Ibid, P. 10.

باستثناء بعض الالتزامات التى تخضع بموجب نص خاص للقانون الوطنى، مثل الالتزامات المتعلقة باستخدام العمال المحليين). وفى هذا الفرض فإن النظام القانونى الأكثر مناسبة ليحكم العقد ليس القانون الدولى العام بالمعنى الدقيق مادام أن الأمر لا يتعلق بعقود مبرمة بين الدول ولا بعلاقات دولية، وإنما المبادىء العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة(١).

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن فريقا من الفقهاء(٢)، أعضاء اللجنة الواحدة والعشرين المخصصة لبحث مسألة القانون الذى يحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية قد أعربوا أثناء مناقشات مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧ عن موافقتهم على جواز اتفاق الأطراف على اخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون.

كما أن المادة الثانية من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ قد أجازت للأطراف الاتفاق على تطبيق المبادىء العامة للقانون بوصفها القانون واجب التطبيق على العقد، وذلك بنصها على أنه «يجوز للأطراف أن يختارو كقانون يحكم العقد ... المبادىء العامة للقانون»(٣).

تقدير هذا الرأى:

تعرض الاتجاه القائل باخضاع عقود التنمية الاقتصادية التى تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية - بما فى ذلك عقود البترول - للمبادىء العامة للقانون لانتقادات عديدة، يمكن أن نوجزها فيما يلى:

١ - إن المبادىء العامة للقانون لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا

---

(١) انظر: Ibid, PP. 18 - 19.

(٢) انظر بصفة خاصة إجابة كل من: Seidi-Hohenvelden Doehring, P. Lalive, على السؤال رقم (٢٠) الذى طرحه الأستاذ Van Heck مقرر اللجنة أثناء اعمال مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧، والذى مفاده: هل يجوز للأطراف اخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون؟ راجع فى ذلك: A.I.D.I., 1977, P. 216, P. 226, P. 233. على التوالى.

(٣) راجع التوصيات منشورة فى: A.I.D.I., 1979, P. 192. etSS.

وقائما بذاته، ومتميزا عن الأنظمة القانونية الداخلية والنظام القانونى الدولى. فكل قانون وطنى يتضمن بالضرورة مبادىء عامة، كما أن المبادىء العامة للقانون تعد أحد مصادر القانون الدولى. ومن ثم فإن المبادىء العامة للقانون لا يمكن النظر إليها إلا من خلال أحد نظامين قانونين: إما النظام القانونى الداخلى، أو النظام القانونى الدولى(١).

٢ - إن أى نظام قانونى لا يمكنه أن يتشكل من المبادىء العامة للقانون وحدها. وفى هذا الصدد، ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن «المبادىء العامة للقانون بالنسبة للقانون الوضعى مثل الهيكل العظمى للكائن الحى. فكما أن الهيكل العظمى لا يعيش بدون لحم، وعضلات وأعضاء، فكذلك الأمر بالنسبة للمبادىء العامة يجب أن تشتمل على التنظيم الملائم للعلاقات المطلوب حكمها. أضف إلى ذلك أن المبادىء العامة أحيانا ما تكون متناقضة، وأى نظام قانونى كامل يجب أن يتضمن، ليس فقط مجموعة القواعد الموضوعية، بل أيضا الآليات التى تسمح بالتنسيق بين هذه القواعد وإزالة المتناقضات فيما بينها»(٢).

٣ - بالنظر إلى أن المبادىء العامة للقانون لا تعد نظاما قانونيا

---

(١) راجع: MANN (F.A.), Op. Cit., PP. 44 - 45. وأيضا: د. يوسف الاكيانى، المرجع السابق، ص ٥١٦.

(٢) انظر:

LEVEL (P.), Le contrat dit sans loi, T.C.F.D.I.P., 1964 - 1966, Paris, Dalloz, 1967, P. 214.

حيث يذكر أن:

«Les principes sont au droit positif comme le squelètte `a un être vivant, De même que le squelètte ne vit pas sans chair, muscles et organes, de même les principes doivent sous - tendre une organisation adap tée aux relations `a régir. Mieux encore, les prinicipes sont parfois contradictiores et un système juridique complet doit comporter non seulement des normes substantielles, mais également les mécanismes permettant de les agancer et d'en réduire les contradictions».

مستقلا وقائما بذاته، فإن إخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون وحدها معناه عدم خضوع العقد لأى قانون، وهو ما يؤدى فى نهاية الأمر إلى الخضوع للسلطة التقديرية للمحكمين، مما يفسح المجال للتعسف والتحكم من قبل المحكمين. وفى هذا الصدد يقول الأستاذ «BATIFFOL» «إن خضوع العقد للمبادىء العامة للقانون يعنى عدم خضوع العقد لأى قانون، إذ أنه من المفترض أن كل قانون يتضمن المبادىء العامة للقانون ويتميز عن غيره من القوانين بالإيضاحات التى يضفيها على هذه المبادىء. ومن هنا تأتى صعوبة تحديد المبادىء العامة على نحو دقيق. وهو ما يؤدى فى نهاية الأمر إلى الخضوع للسلطة التقديرية للمحكمين»(١).

٤ - إن القول بتطبيق المبادىء العامة للقانون باعتبارها القانون الذى يحكم العقد يتنافى مع الوضع السائد والمستقر عليه من أن هذه المبادىء لا تشكل مصدرا من مصادر القانون الأصلية. فقد أوضحت الأعمال التحضيرية للمادة (٣٨) من النظام الأساسى للمحكمة الدائمة للعدل الدولى أن إضافة المبادىء العامة للقانون إلى مصادر القانون الدولى لم يكن القصد منه اعتبارها بديلا للمصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولى، وإنما كان القصد منه تزويد هذه المصادر بضمان احتياطى لسد ما قد يعتور هذه المصادر من ثغرات، كما هو الشأن فى القانون الداخلى حيث يكون للقاضى سلطة تطبيق

---

(١) انظر اجابة الاستاذ باتيفول على السؤال رقم (٢٠) الذى طرحه الاستاذ VAN HECK مقرر اللجنة الواحد والعشرين أثناء أعمال مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده بأوسلو عام ١٩٧٧. والذى مفاده: هل يجوز للأطراف اخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون؟ راجع فى ذلك: A.I.D.I., 1977, P. 212.

ويذكر الاستاذ باتيفول:

«La soumission d'un contrat aux principes généraux du droit revient à les soustraire à toute loi, puisque toute loi est censée incorporer les principes généraux du droit et se distinguer des autres par les précisions qu' elle y apporte. D'où la difficulté de formuler de tels prinicipes généraux avec quelque précision; Cel revient à S'en remettre à l'appréciation des arbitres».

المبادىء العامة للقانون لملء ما قد يوجد فى القانون الوضعى من ثغرات(١).

ولما كان الأمر كذلك، وكانت المبادىء العامة للقانون لا تقدر وحدها على تقديم الحلول المناسبة لكافة المنازعات والمشكلات المتعلقة بالعقود المبرمة فى إطار القانون الداخلى أو بالمعاهدات المبرمة فى اطار القانون الدولى، فإنها من باب أولى لا تقدر على حكم عقود التنمية الاقتصادية التى تبرمها الدول مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، بما فى ذلك عقود البترول، الأكثر تعقيدا بسبب اختلاف جنسية أطرافها، وشخصياتهم القانونية، والطابع المعقد للمشكلات والمنازعات التى تثور بشأنها(٢).

٥ - إن المبادىء العامة للقانون لا تصلح وحدها لكى تحكم العقد فى مجموعه، حيث أنها لا تتضمن حلولا للعديد من المسائل وذلك نظرا لقلة هذه المبادىء. فهذه المبادىء لا يمكنها أبدا أن تحكم المسائل المتعلقة بتكوين العقد وصحته، بما فى ذلك التراضى بشأن اختيار هذه المبادىء كقانون يحكم العقد. كما لا يمكنها أن تحكم طرق التنفيذ الجبرى للعقد. كما لا تتضمن شيئا بالنسبة لما يمكن اعتباره قوة قاهرة يحول دون الدولة أو الشخص الخاص المتعاقد معها من انجاز التزاماته. كما يتعذر استخدام هذه المبادىء عندما يتعلق الأمر بمواعيد التقادم(٣).

وإذا كانت هناك بعض المبادىء العامة، وخصوصا تلك التى طبقتها محاكم التحكيم مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ احترام الحقوق

---

(١) راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٠٥؛ د. عبدالبارى أحمد، المرجع السابق، ص ١١٦؛ د. يوسف الاكيابى، المرجع السابق، ص ٥١٩.

(٢) راجع: د. أحمد عبدالحميد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٠٧.

(٣) انظر:

WENGLER (.), Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, Rev. Crit., 1982 P. 485.

وانظر أيضا ملاحظات هذا الفقيه بشأن مسألة القانون الذى يحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية أثناء اعمال مجمع القانون الدولى فى دورة انعقاده بأثينا عام ١٩٧٩ منشورة فى: A.I.D.I., 1979, 11, PP. 46 - 47.

المكتسبة، يمكنها أن تحكم جزءا من العقد، أى المسئولية التعاقدية، بيد أنه من المشكوك فيه أن هذه المبادىء ذاتها يمكنها أن تحكم المسائل الأخرى التى قد تثور بصدد تنفيذ العقد. فكيف يمكن، مثلا، على أساس هذه المبادىء تحديد مستوى الانتاج البترولى، أو نسبة مشاركة الدولة فى المشروع البترولى، أو الأسعار والعوائد، أو الطرق الفنية الأكثر استخداما من الناحية العملية فى صناعة البترول ... الخ(١).

وبالإضافة إلى قلة وندرة هذه المبادىء فإن مضمونها يتسم بالنسبية. فلو نظرنا مثلا إلى مبدأ حسن النية، وهو من المبادىء العامة المتعارف عليها فى النظم القانونية المختلفة، لوجدنا أن مضمونه يتباين من نظام قانونى لآخر(٢). فالمبادىء العامة للقانون ليست مبادىء مطلقة وغير مشروطة فى تطبيقها، بل أن هناك قيودا واستثناءات ترد عليها تختلف من نظام قانونى لآخر(٣).

وإلى جانب ما تقدم، فإن هذه المبادىء يصعب الكشف عنها، فعلى سبيل المثال، متى يمكن التأكيد على أن قاعدة ما تعد ليس فقط مبدأ عاما، بل أيضا وفى نفس الوقت أحد المبادىء العامة للقانون المعترف بها فى الأمم المتمدينة(٤).

رابعا: الرأى القائل بإخضاع العقد للقانون التجارى الدولى:

ذهب جانب من الفقه(٥) إلى القول بوجود قانون تجارى دولى قادر

---

(١) انظر: MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P., 81.

(٢) انظر: د. يوسف الإكيابى، المرجع السابق، ص ص ٥٢٠ - ٥٢١.

(٣) انظر: Ait chaalal (M.S.), Op. Cit., P. 112.

(٤) انظر: Ibid., P., 109.

(٥) انظر بصفة خاصة:

GOLDMAN (B.), Frontières du droit et «lex mercatoria» Archives de pholosophie du droit, 1964, P. 177; La lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspective, clunet, 1979, P. 475; et une -

على أن يحكم عقود التجارة الدولية، بما فى ذلك عقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية. ويرى أنصار هذا الرأى أن هناك العديد من أحكام التحكيم التى تشهد على حقيقة la realite ووضعية la positivite القانون التجارى الدولى. وأشاروا فى هذا الصدد إلى حكم التحكيم الذى أصدره اللورد «أسكويث» فى النزاع الذى ثار بين شركة بترول التنمية المحدودة وشيخ أبى ظبى. حيث أكد المحكم أن قانون أبى ظبى المختص بحكم العقد موضوع النزاع لا يشتمل على المبادىء القانونية التى يمكن اللجوء إليها لتفسير أدوات التجارة الحديثة، وقرر تطبيق المبادىء الراسخة فى العقل السليم والممارسات المشتركة فى الأمم المتحضرة، كنوع من القانون الطبيعى الحديث. كما أشاروا أيضا إلى حكم التحكيم الصادر فى قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية. حيث أعملت محكمة

- Bataille judiciaire autoure de la lex mercatoria, L'Affaire Norsolor, Rev. Arb., 1983, P. 379; LEVEL (P.), le contrat dit sans loi, Op. Cit., P. 209; KAHN (Ph.), Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux, le contrat economique international, travaux des VIIes journées d'études juridiques, jean - Dabin, Paris, pédone, 1975, P. 171; et Droit international économique, Droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?. études offertes `a B. Goldman, Paris, litec, 1982, P. 97; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 401 etSS; VIRALLY (M.), Un tiers droit? réflexions théoriques, études offertes `a B. GODLMAN, Paris, litec, 1982, P. 373; LOQUIN (E.), L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international, les Dossiers de L'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, 1986, P. 67.

وانظر فى الفقه المصرى: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق ...... المرجع السابق، ص ١٤٦ ومابعدها؛ د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٥٧ ومابعدها.

التحكيم المبادىء العامة للقانون والعادات المتبعة فى مجال صناعة البترول(١).

كما يرى هؤلاء أن الاتفاقيات الدولية قد أشارت صراحة إلى هذا القانون وأعطت له الأفضلية فى التطبيق على القانون الوطنى. وأشاروا فى ذلك إلى الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٦١ (المادة ٧). واتفاقية لاهاى بشأن البيع الدولى للمنقولات المادية(٢). كما أجازت العديد من القوانين الوطنية الصادرة بشأن التحكيم، للأطراف الذين يرغبون فى عدم تطبيق قانون وطنى إخضاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ فيما بينهم لأحكام القانون التجارى الدولى. من ذلك القانون الفرنسى بشأن التحكيم الدولى، إذ أن المادة (١٤٩٦) منه قد استخدمت تعبير «قواعد القانون»، بدلا من تعبير «القانون». كذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم الإيرلندى الصادر فى ٢ يوليه عام ١٩٨٦ فعندما قدمت الحكومة المادة (١٠٥٤) من هذا القانون إلى البرلمان، أشارت فى المذكرة التفسيرية إلى أن تعبير «قواعد القانون» يشمل ليس فقط القواعد القانونية الوطنية، بل أيضا القانون التجارى الدولى. وكذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم السويسرى، إذ نصت المادة (١٨٧) منه على أن «تفصل محكمة التحكيم طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف ....». وبهذا يكون للأطراف مكنة إسناد العقد إلى القانون التجارى الدولى. وكذلك الشأن بالنسبة للقانون النموذجى عندما نص فى

---

(١) انظر:

LEVEL (P.), Le contrat dit ...., Op. Cit., PP. 212 - 213; GOLDMAN (B.), Frontières ...., Op. Cit., PP. 183 - 184; FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ...., PP., 417 - 418, N° 597.

(٢) انظر:

LEVEL (P.), Le contrat ... Op. Cit., P., 213; FOUCHERD (Ph.), L'arbitrage commercial ...., Op. Cit., PP. 418 - 419, N° 598; LOQUIN (E.), L'application ...., Op. Cit., P. 100, N° 42.

المادة (٢٨) على أن تفصل محكمة التحكيم فى النزاع طبقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف(١).

ولقد اعتنقت هذا الرأى بعض أحكام التحكيم. ففى الحكم الصادر فى القضية رقم ٢١٢١ فى ٢٦ اكتوبر عام ١٩٧٩ فى النزاع الذى ثار بين الشركة الفرنسية Norsolor والشركة التركية Pabalk(٢). قررت محكمة التحكيم أنه «بالنظر إلى الطابع الدولى للعقد. وصعوبة تحديد القانون واجب التطبيق عليه. فإن المحكمة تستبعد اللجوء إلى قانون وطنى معين. سواء القانون الفرنسى أو القانون التركى. وتطبق القانون التجارى الدولى «La lex mercatoria». كذلك الأمر. الحكم الصادر فى القضية رقم ٥٩٥٢ فى أول سبتمبر عام ١٩٨٨ فى إطار غرفة التجارة الدولية. فى النزاع الذى ثار بين الشركة الأسبانية Valenciana والشركة الأمريكية Primary(٣). حيث قررت محكمة التحكيم أنه «فى غياب اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق. فإن النزاع يكون محسوما وفقا لعادات التجارة وحدها. والمسماة بالقانون التجارى الدولى. فهذا الحل وحده هو ما يمكن الأخذ به منذ اللحظة التى لا توجد فيها إرادة مشتركة للأطراف بشأن تطبيق قانون وطنى معين».

ولقد تبنى القضاء الفرنسى هذا الرأى. وهو ما يظهر بوضوح من خلال فحص بعض الأحكام الصادرة عنه بمناسبة المنازعة فى صحة أحكام التحكيم التى استندت إلى قواعد القانون التجارى الدولى. ويمكن أن نذكر فى هذا الصدد الحكم الصادر عن محكمة باريس الإبتدائية فى ٤ مارس سنة

---

(١) راجع فى ذلك:

GAILLARD (E.), Arbitrage ...., Op. Cit., J-Cl, Dr. int., Fasc, 586-9-1, N⁰ 24 - 25.

(٢) انظر:

Sèntence, CCI, N⁰ 3131 en 1979, Rev. Ar b., P. 525.

(٣) انظر:

Sentence CCI, N⁰ 5953 en 1989, Clunet, 1990. P. 701.

١٩٨١ فى قضية Norsolor(١). ففى هذه القضية نازعت الشركة الفرنسية Norsolor فى صحة حكم التحكيم الصادر ضدها وذلك على أساس أن محكمة التحكيم قد استندت إلى قواعد القانون التجارى الدولى، وبالتالى تكون قد فصلت فى النزاع وفقا لقواعد العدالة (أى باعتبارها محكما مفوضا بالصلح)، فى حين كان ينبغى عليها أن تفصل فى النزاع على أساس القانون واجب التطبيق الذى تحدده قاعدة التنازع التى تراها مناسبة إعمالا لنص المادة (١٣) من قواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية. بيد أن محكمة باريس الابتدائية قد رفضت هذا الطعن، وقضت بأن المحكمين قد طبقوا القانون المعين بواسطة قاعدة التنازع التى قدروا أنها مناسبة ألا وهو - فى القضية الحالية - المبادىء العامة للالتزامات المطبقة عموما فى مجال التجارة الدولية.

كما قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر عام ١٩٨١ فى قضية Fougerolles ضد Banque du proche_orient(٢) بأن المحكمين باستنادهم إلى المبادىء العامة للالتزامات المطبقة فى مجال

---

(١) انظر الحكم فى:

Clunet, 1981, P. 836, Note. Ph. Kahn; Rev. Arb., 1983, P. 465.

وفى التعليق عليه انظر:

GOLDMAN (B.), Une bataille ..., Op. Cit., P. 379 etSS.

وأيضا:

FOUCHARD (Ph.), Les usages, l'arbitre et le juge. A propos de quelque arrêts Français, études offertes à B. Goldman, Paris, litec, 1982, P. 73, N° 6.

(٢) انظر الحكم منشور فى:

Clunet, 1982, P. 931, Note. B. oppetit; Rev. Arb., 1982, P. 183, Note, G. Couchez.

وانظر أيضا:

Cass. Civ., 22 Octobre 1991, Rev. Crit., 1992, P. 113, Note P. Oppetit; Rev. Arb., 1992, P. 457, Note. P. Lagarde; Clunet, 1992, P. 176, Note. B. Goldman.

التجارة الدولية، يكونوا قد امتثلوا للالتزام الواقع على عاتقهم، بموجب عقد تولية المهمة، بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع. وبالتالى فإن استناد المحكمين إلى قواعد القانون التجارى الدولى لا يعد غصبا منهم لسلطة التحكيم مع التفويض بالصلح.

بيد أن السؤال الذى يثور الآن هو: ما هو القانون التجارى الدولى؟ وما هى مصادره ومكوناته؟ وهل يعد نظاما قانونيا مستقلا قائما بذاته أم لا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه فى الفقرات التالية.

١ - ماهية القانون التجارى الدولى:

تعددت التعاريف التى قال بها أنصار هذا القانون. فقد عرفه الفقيه «Goldman»(١) بأنه «مجموعة المبادىء والنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التى غذت تدريجيا، ولا زالت تغذى الهياكل القانونية والسير القانونى الخاص بجماعة المتعاملين فى مجال التجارة الدولية». وأول ما يمكن أن نلاحظه على هذا التعريف أن صاحبه قد ركز فيه على بيان مكونات ومصادر هذا القانون التى سنعرض لها فيما بعد.

وقد عرفه الفقيه «Fouchard»(٢) بأنه «ذلك القانون الذى يتكون ويطبق ويصدق عليه بعيدا عن الكوادر والسلطات الوطنية، وفى داخل الجماعات الإنسانية التى لا تتكون فى لدن أمة معينة، ولكن فى لدن مهنة أو حرفة أو عدة مهن أو حرف، وعلى نحو أكثر شمولا لدى المجتمع الدولى للتجار».

ويركز هذا التعريف على إبراز أهم خصائص هذا القانون، إذ أن قواعد هذا القانون تتميز بسمة مشتركة وهى كونها غير صادرة عن الدول.

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), La lex mercatoria dans ..., Op. Cit., P. 487.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., P. 402, N° 577.

بيد أن هذا الطابع غير الوطنى له مدلول مزدوج. فإلى جانب كون هذه القواعد غير صادرة عن السلطات التشريعية فى الدول، فإنها لا تخضع لسلطان أى نظام قانونى وطنى.

ففى الواقع، هناك قواعد غير منشأة بواسطة السلطات التشريعية ومع ذلك يمكن أن توصف بأنها قواعد وطنية، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد العرفية التى تتكون فى داخل كل دولة. فهذه القواعد وإن كانت ناتجة عن الواقع الاجتماعى La pratique sociale، إلا أنها تعد مندمجة فى النظام القانونى للدولة التى تنمو فيها وذلك سواء بالنص عليها صراحة من قبل القانون الوطنى أو بالاعتراف بها وتطبيقها من قبل محاكم الدولة. وهكذا، فإن أهم ما يميز قواعد هذا القانون هو كونها غير صادرة عن السلطات التشريعية للدول، وكونها أيضا غير تابعة لنظام قانونى وطنى معين(١).

وقد عرفه الفقيه Virally(٢) بأنه نظام قانونى ثالث منشأ بواسطة الأفراد لكى يحكم روابط القانون الخاص. وقد أوضح الفقيه أن هذا القانون يتكون فى الجزء الأكبر منه من قواعد القانون الخاص، وهو ما يقربه من القوانين الداخلية. بيد أن كونه قانونا غير وطنى يقربه من القانون الدولى. ومع ذلك فأن كون هذا القانون ليس من صنع الدول، فإنه بذلك يتميز عن القوانين الوطنية وعن القانون الدولى، لأن القوانين الوطنية والقانون الدولى من صنع الدول.

كما عرفه الأستاذ «Derains» بأنه «مجموعة القواعد التى تنطبق على الأوجه المتنوعة للنشاط الاقتصادى الدولى، استقلالا عن الأنظمة القانونية الوطنية».

---

(١) راجع فى ذلك:

LOQUIN (F.), L'application ...., Op. Cit., P. 69, N° 2-3.

(٢) انظر:

VIRALLY (M.), Op. Cit., P. 373.

(٢) انظر:

DERAINS (Y.), Le statut des usages ..., Op. Cit., P. 122.

ويلاحظ أن تعدد التعريفات التى قال بها أنصار هذا القانون، يعكس تعدد المسميات التى أطلقوها عليه. فقد اتجه البعض إلى تسمية هذا القانون «بالقانون التجارى الدولى «Lex mercatioria»(١)، واتجه البعض الآخر إلى تسميته «بقانون عبر الدول «Droit transnational»(٢). فى حين أن جانبا ثالثا(٣) قد انتقد المصطلحين المذكورين وفضل تسمية هذا القانون «بالقانون غير الوطنى: Droit Anational» وقد انعكس الخلاف حول تعريف هذا القانون، ومسمياته، على مصادره ومكوناته.

٢ - مصادر ومكونات القانون التجارى الدولى:

يرى جانب من أنصار هذا القانون أن القانون التجارى الدولى له مصادر عديدة: مصادر دولية كالاتفاقيات الدولية التى تضع قانونا موحدا Loi uniforme، من ذلك اتفاقية لاهاى بشأن البيع الدولى للمنقولات عام ١٩٥٥، ومصادر وطنية كالنصوص التشريعية مثل القانون التشيكوسلوفاكى الصادر عام ١٩٦٣ بشأن التجارة الدولية. والقضاء الوطنى الخاص بالتجارة الدولية، مثل القضاء الفرنسى المتعلق بصحة شرط الوفاء بالذهب La clause - or فى مجال القروض الدولية(٤).

وإلى جانب هذه المصادر ذات الأصل الدولى أو الوطنى، هناك مصادر أخرى لهذا القانون، تتكون من تقنينات العادات والممارسات التجارية المنشأة بواسطة الجمعيات المهنية الخاصة، مثل جميعة لندن لتجارة الحبوب،

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), La lex mercatoria ... Op. Cit., P. 475; Frontieres ... Op. Cit., P. 177.

(٢) انظر:

VIRALLY (M.), Op. Cit., P. 373.

(٣) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 401 - 401. N⁰ 577; LOQUIN (E.), L'application ..., P. 67.

(٤) انظر:

GOLDMAN (B.), La lex ...., Op. Cit., P. 477 - 478.

وأيضا: د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٧٠ ومابعدها، بند ٢٨٦ ومابعده.

والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير، والجمعيات المهنية ذات الطابع الدولي، مثل غرفة التجارة الدولية. وكذلك التقنينات الصادرة عن المنظمات الدولية العامة، مثل المجلس الاقتصادي لأوربا التابع للأمم المتحدة، ومجلس المعونة الاقتصادية التابع لدول أوربا الشرقية، والذى يسمى بالكوميكون «Comecon». وتتخذ هذه المصادر تارة شكل الشروط العامة والتى تلحق بها قواعد الانكوتيرمز «Incoterms» الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، وتارة أخرى تتخذ شكل العقود المسماة بالعقود النموذجية «Contrats – type». هذا بالإضافة إلى قضاء التحكيم التجارى الدولى الذى يعطى سلطته للعادات المتبعة، ويساعد على تحديد مضمونها، بل وينشىء عادات جديدة. هذا إلى جانب دور قضاء التحكيم فى استخلاص المبادىء العامة للقانون(١).

وبناء عليه يرى هذا الجانب الفقهى أن القانون التجارى الدولى يشمل مجموعة القواعد الموضوعية التى تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية. فهذه القواعد سواء أكانت مستمدة من مصادر دولية كالاتفاقيات الدولية التى تضع قوانين موحدة أو من مصادر وطنية كالتشريعات المتعلقة بالتجارة الدولية أو القضاء الوطنى، تعد من العناصر المكونة للقانون التجارى الدولى. وذلك بالقدر الذى تتعلق فيه هذه القواعد بالتجارة الدولية وحدها، وبالحاجات الخاصة بها. وإلى جانب هذه القواعد، هناك جزء من هذا القانون يتكون بشكل تلقائى Spontané من العادات المقننة بواسطة المهنيين، والتنظيمات القانونية والشروط التعاقدية التى يؤدى تكرار العمل بها إلى رفعها إلى مصاف القواعد العرفية، وكذلك من أحكام التحكيم(٢).

هذا فى حين يرى جانب آخر استبعاد المصادر ذات الأصل الدولى، وكذلك المصادر ذات الطابع الوطنى من إطار القانون التجارى الدولى. فإذا

---

(١) انظر: LEVEL (P.), Le contrat dit ..., Op. Cit., P. 212.

(٢) انظر: GOLDMAN (B.), La lex ..., Op. Cit., P. 477 – 478

كان صحيحا أن الحلول التى تقدمها هذه المصادر تتلاءم مع حاجات التجارة الدولية. بيد أنها حلول موضوعة بواسطة الأجهزة التابعة للأنظمة القانونية الوطنية أو النظام الدولى. وإن أصالة القانون التجارى الدولى تتمثل فى كونه قانونا تلقائيا. أى قانون منشأ بواسطة مجتمع التجار ذاته «La societas mercatorum». ومن ثم يجب البحث عن هذا القانون بعيدا عن المصادر الوطنية والدولية على حد سواء. ويرى هؤلاء أن مصادر هذا القانون تتمثل فى التنظيمات المنشأة بواسطة المنظمات المهنية. وكذلك العقود. وان هذا القانون يتكون من عادات وممارسات التجارة الدولية (١).

إلى جانب ذلك، لقد احتدم الخلاف بين أنصار هذا القانون حول ما إذا كانت المبادىء العامة للقانون تعد من مكونات القانون التجارى الدولى أم لا. فقد ذهب جانب منهم(٢) إلى القول بأن هذه المبادىء لا تعد من مكونات هذا القانون. لأن هذه المبادىء تتواجد فى كل الأنظمة القانونية الوضعية ولا تتمتع بخصوصية تكفل لها الاستقلال عن هذه الأنظمة. كما أنها لا تختلف من حيث طبيعتها ومضمونها عن القواعد الداخلية فى الدول المختلفة.

فى حين ذهب جانب آخر(٣)، إلى أن المبادىء العامة للقانون

---

(١) انظر:

LAGARDE (P.), Approche critique de la lex mercatoria, études offertes à B. Goldman, Paris, litec, 1982, P. 128, N° 7 - 8.

(٢) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'État Face aux usage du commerce international, T.C.F.D.I.P., 1973 - 1975, PP. 73 - 74.

وأيضا:

LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 131, N° 12.

(٣) انظر:

GOLDMAN (B.), La lex ... Op. Cit., P. 486, N° 19 - 20.

وفى نفس المعنى انظر:

VIRALLY (M.), Op. Cit., P. 384.

بالمعنى الوارد فى المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية تندرج ضمن القانون التجارى الدولى وتعد أحد العناصر المكونة له. ويفسر هؤلاء ذلك بقولهم أن الأطراف المتعاقدة - وهم من الأشخاص الخاصة - لا يقصدون بالإشارة إلى هذه المبادىء الرجوع على وجه التحديد إلى المادة (٣٨) المذكورة، إذ أنه أحد نصوص القانون الدولي العام، ولا يمكن أن تتجه إليه نية الأطراف المتعاقدة. إن هذه المبادىء بطابعها العرفي ومجال تطبيقها ومضمونها تندرج فى هذا القانون الإقتصادى المشترك والذى يشكل على وجه "تحديد القانون التجاري الدولى. وعلى الرغم من كون هذه المبادىء مستقاة من الأنظمة القانونية الوطنية، فإن ذلك لا يعنى أنها تستمد سلطتها من تلك النظم، بل من الاعتقاد الراسخ فيها لدى المجتمع الدولى، والذى تم التعبير عنه بواسطة قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولى بلاهاى، ومن بعدها محكمة العدل الدولية، وقضاء محاكم التحكيم فيما بين الدول، والذى يتم إثراؤه حاليا من قبل قضاء محاكم التحكيم فى مجال القانون الخاص.

٣ - مدى اعتبار القانون التجارى الدولى نظاما قانونيا مستقلا:

يرى أنصار هذا الرأى أن القانون التجارى الدولى يشكل نظاما قانونيا حيث تتوافر فيه العناصر اللازمة لنشأة النظام القانونى. فمن ناحية، فإن المتعاملين فى مجال التجارة الدولية يشكلون مجتمعا منظما ومتماسكا بالقدر الكافى. وفى هذا الصدد، يذكر الفقيه Goldman(١)، أن المتعاملين فى مجال التجارة الدولية يشكلون وحدة اجتماعية خاصة. وإذا كان من الممكن الاحتجاج بأن هذا المجتمع غير متجانس Hétérogène، ومكون من العديد من مجتمعات التجار، بيد أن هذا الأمر يتواجد أيضا فى مجتمعات الدول المختلفة، حيث أن التجار، والزراع، وأعضاء المهن الحرة يشكلون مجتمعات مستقلة فى داخل المجتمع الكلى. كذلك الحال بالنسبة لمجتمعات التجار فهى تشكل على صعيد التجارة الدولية، مجتمعا كليا .

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Une bataille .... Op. Cit., P. 406, N° 26.

ومن ناحية ثانية فإن هذا المجتمع تتوافر لديه المؤسسات التى تسهر على احترام وتطبيق قواعده القانونية. ومن أهم هذه المؤسسات، المحكمون وهيئات التحكيم، حيث يعد التحكيم سلطة قضائية حقيقية للمجتمع الدولى للتجار(١). كذلك أيضا الجمعيات والمنظمات المهنية والذى يرى فيها أنصار هذا القانون أنها بمثابة سلطات مهنية تتولى تنظيم المهنة وتفرض القواعد التى تتولى وضعها على المتعاملين فى إطارها(٢).

وأخيرا، فإن قواعد هذا القانون تقترن بجزاءات من نوع خاص تتلاءم مع مجتمع التجار. وهذه الجزاءات متنوعة، فهناك جزاءات مالية مثل التزام الأطراف بتقديم ضمان مالى من أجل ضمان مصاريف التحكيم أو تنفيذ أحكام التحكيم، وهناك جزاءات أدبية Morales مثل نشر حكم التحكيم، هذا بالإضافة إلى الجزاءات المهنية مثل الاستبعاد من البورصة التجارية أو من بعض العمليات التجارية(٣).

ولكن على الرغم من اعتراف أنصار هذا القانون بأنه يشكل نظاما قانونيا، إلا أنهم يعترفون بأنه نظام قانونى ناقص وغير كامل(٤). ويرجع ذلك - فى نظرهم - لسببين:

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 403, N° 580.

وأيضا:

LEVEL (P.), Le contrat dit ..., Op. Cit., P. 215.

(٢) انظر:

LOQUIN (E.), L'application ..., Op. Cit., P. 115 - 116 ;GOLDMAN (B.), Frontières ..., Op. Cit., P. 190.

(٣) انظر:

GOLDMAN (B.), Frontières ..., Op., Cit., PP. 191 - 192.

وانظر مع المزيد من التفاصيل:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., P. 468 etSS, N° 652 etSS.

(٤) انظر:

GOLDMAN (B.), Frontières ..., Op. Cit., P. 189, et une bataille ..., Op. Cit., P. 407, N° 26; VIRALLY (M.), Op. Cit., PP. 377 - 378 et P. 385.

فمن ناحية، إن هناك العديد من المسائل التى لا توجد لها حلول فى قواعد القانون التجارى الدولى. ومن ثم يكون التجاء المحكمين إلى قانون وطنى معين أمراً لا مفر منه بالنسبة لها. من ذلك أهلية الأطراف المتعاقدة، والتراضى وسلطات أعضاء أو ممثلى الشركات التجارية، ومدد التقادم، وسعر الفائدة ... الخ. فكل هذه المسائل تخضع بطبيعتها لنظام قانونى وطنى معين، ولا يجوز للمتعاملين فى مجال التجارة الدولية إعطاء حلول مستقلة لها. إلى جانب ذلك، فإن القوانين الوطنية تختلف اختلافا بينا بالنسبة لهذه المسائل بحيث لا يكون فى مقدور المحكمين ابراز قانون مشترك بالنسبة لها. ولذلك فإن على المحكمين، فى ظل عدم وجود قواعد موحدة دوليا بالنسبة لهذه المسائل، البحث عن القانون الوطنى المختص والقيام بتطبيقه(١).

ومن ناحية أخرى، فإن استقلال هذا القانون ليس كليا. حيث يبدو من الصعب بالنسبة للمحكم الذى يهتم بإجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم بعد صدوره أن يتجاهل النصوص الآمرة فى القانون المختص. فعلى الرغم من أن المجتمع الدولى للتجار يتمتع بدرجة كبيرة من الاستقلال فى صياغة القواعد الخاصة به، إلا أنه يظل هناك مجال محجوز للقانون الوطنى لا يمكن للأطراف المتعاقدة التخلص منه. فكل ما يمس عن قرب السياسة الاقتصادية للدول (لوائح النقد الدولى، تراخيص الاستيراد أو التصدير،

- وأيضا: د. هشام صادق، القانون واجب التطبيق ...، المرجع السابق، ص ٢٢٢، بند ١٨٨، د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٧١ ومابعدها، بند ٤١٤ ومابعده.

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 352 - 353, N° 534; GOLDMAN (G.), Frontières ..., Op. Cit., P. 189; La lex ..., Op. Cit., PP. 479 - 480; et les conflits de lois ..., Op. Cit., P. 479.

وأيضا د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق ...، المرجع السابق، ص ٢٢٣، بند ١٨٩؛ د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٧٢، بند ٤١٥.

الأنظمة الضريبية والجمركية للتجارة الدولية)، وكل مسائل القانون التجارى التى تعتبرها الدول من النظام العام (قوانين النقل، والبنوك، والتأمين، والشركات ... الخ) لا يمكن أن تخضع بطبيعتها إلا إلى قانون وطنى معين(١).

وترتيبا على أن القانون التجارى الدولى يعتبر نظاما قانونيا ناقصا وغير كامل ولا يتمتع بالاستقلال الكامل تجاه القوانين الوطنية، انتهى أنصار هذا القانون إلى بقاء الحاجة إلى منهج تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق من أجل سد الثغرات وتكملة النقص والقصور فى أحكام القانون التجارى الدولى(٢).

تقدير هذا الرأى:

يذهب جانب من الفقه(٣) - وبحق - إلى رفض اضفاء صفة النظام القانونى على قواعد ما يسمى بالقانون التجارى الدولى. ويستندون فى ذلك إلى عدة حجج:

فمن ناحية إن القول بوجود نظام قانونى يفترض وجود مجتمع

---

(١) انظر:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ..., Op. Cit., PP. 351 - 352, N° 534; L'autonomie ..., Op. Cit., P. 106.

وفى نفس المعنى انظر:

LOQUIN (E.), Les pouvoirs des arbitres ..., Op. Cit., P. 340, N° 85.

(٢) راجع: د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق .... المرجع السابق، ص ٢٢٤ ومابعدها، بند ١٩٠، د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٢٨٥ ومابعدها، بند ٤٢١ ومابعده.

(٣) انظر بصفة خاصة:

KASSIS (A.), Op. Cit., P. 391 etSS., N° 607 etSS; LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 130 etSS, N° 10 etSS.

وأيضا: د. محمد محسوب عبدالمجيد، نشأة وتطور قانون التجارة الدولى «دراسة تاريخية»، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٥، خصوصا ص ٢٢٨ ومابعدها.

منظم يتمتع بالقدر الكافى من الوحدة والتماسك والتضامن بين أعضائه. ومن الصعوبة بمكان القول بتوافر عنصر التنظيم فى مجتمع التجار. فهذا المجتمع يفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأى نظام قانونى. ويكشف الواقع العملى عن وجود العديد من التنظيمات الصغيرة فى مجال التجارة الدولية. ولا يكشف عن وجود تنظيم واحد(١).

ويرجع افتقاد مجتمع التجار للتماسك والتضامن بين اعضائه. وانعدام التجانس بين المتعاملين فى مجال التجارة الدولية ليس فقط إلى الاختلاف والتنازع فى المصالح والأهداف بين التجمعات المهنية المتعددة. بل أيضا إلى الاختلاف والتنازع فى المصالح والأهداف بين الدول. وهو ما يظهر بوضوح فى العلاقات ما بين دول أوربا الغربية ودول أوربا الشرقية. كما يظهر بشكل أكثر وضوحا فيما بين الدول النامية والدول المتقدمة(٢).

ولذلك فإن الوسط الذى تنمو فيه التجارة الدولية يعد متسعا ومتنوعا وممزقا بحيث يكون من المشكوك فيه أن يقدر هذا الوسط على أن يشكل إطارا لمجتمع أو لجماعة تحوز الحد الأدنى من التنظيم. على غرار النماذج الأخرى للأنظمة القانونية(٣).

ومن ناحية ثانية. فإن النظام القانونى لا يتصور وجوده بغير القواعد الآمرة. فهذه القواعد هى التى تنظم المجتمع وتحدد تصرفات أعضائه. ولذلك فإن هذه القواعد تعد جوهر التنظيم فى المجتمع. وبناء عليه. فإنه فى الحدود التى يقدر فيها مجتمع التجار على وضع أو سن

---

(١) انظر:

LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 133 etSS., N° 15 etSS., Spec. P. 139, N° 21; KASSIS (A.), Op. Cit., PP. 398 - 399, N° 623 et 624.

(٢) انظر:

KASSIS (A.), Op. Cit., P. 400, N° 625.

(٣) انظر:

LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 138, N° 19.

القواعد الآمرة. وفى هذه الحدود فقط. يمكن أن يشكل هذا المجتمع نظاما قانونيا. أما بالنسبة لقواعد هذا القانون والتى تتكون من العقود النموذجية، والعادات المقننة، والشروط العامة، فإنها لا تعد قواعد آمرة، بل هى فى أفضل الأحوال تعد قواعد مفسرة أو مكملة(١).

ومن ناحية ثالثة، فإن كل نظام قانونى لابد وأن تقترن قواعده بجزاء يكفل لها احترامها وبقاءها. وقواعد القانون التجارى الدولى ليست مصحوبة بأية جزاءات، وذلك أمر طبيعى بالنظر لكونها مجرد قواعد مكملة. فالجزاء يتقرر لمخالفة القاعدة الآمرة، ولا يوجد جزاء للقاعدة المعدة لتكملة النقص فى الشروط التعاقدية.

أما الجزاءات التى يتكلم عنها المدافعون عن القانون التجارى الدولى، والتى يرونها جزاءات من نوع خاص، فهى جزاءات يتم اتخاذها ضد المتعاملين الرافضين لتنفيذ حكم التحكيم، وبالتالى تكون القاعدة الآمرة الوحيدة هى احترام حكم التحكيم، بيد أن وجود قاعدة آمرة واحدة مصحوبة بجزاءات مهنية خاصة لا يكفى لتكوين نظام قانونى(٢).

كما لا يصح القول بأن هذه القواعد مصحوبة بجزاء هو التنفيذ الجبرى الذى يتم منحه لحكم التحكيم بفضل تدخل السلطة العامة فى الدولة إلا إذا كان هذا الحكم مخالفا للنظام العام فى البلد المطلوب فيها التنفيذ. لأن هذا القول يتجاهل أن التنفيذ الجبرى لا يمنح لحكم التحكيم إلا باللجوء إلى السلطة العامة فى النظام الوطنى، وأن الدولة المطلوب فيها التنفيذ يمكنها رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا لم تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها قانونها الوطنى. كما أنه يتجاهل أن التنفيذ الجبرى يعد جزاءا لحكم التحكيم وليس جزاءا لقاعدة قانونية(٢).

---

(١) انظر:

KASSIS (A.), Op. Cit., P. 404, N° 633.

(٢) انظر:

KASSIS (A.), Op. Cit., PP. 404 - 405, N° 634.

(٢) انظر: Ibid. P. 405, N° 635.

ومن ناحية رابعة، فإن القول بأن التحكيم يعد قضاءا حقيقيا لمجتمع التجار الدولى، من أجل الوصول بعد ذلك إلى اعتبار هذا القضاء أحد المصادر الأساسية للقانون التجارى الدولى - على غرار قضاء المحاكم الوطنية - قول مردود ولا يمكن الأخذ به للعديد من الأسباب:

أ - إن وظيفة القاضى تختلف عن وظيفة المحكم. فالقاضى يمارس وظيفة عامة ثابتة ومستمرة، ولا يستمد سلطته من أطراف النزاع، بل من النظام القانونى الذى ينتمى إليه. ولذلك فإن القاضى يعد الحارس للنظام القانونى فى المجتمع، وهو الأمر الذى لا نجد له مثيلا لدى المحكم. فالمحكم لا يمارس وظيفة عامة ثابتة ومستمرة، ويستمد سلطته فى الفصل فى النزاع المعروض عليه من أطراف النزاع أنفسهم، وهى سلطة محدودة بالفصل فى النزاع المطروح عليه.

ولذلك، فإن المحكم لا يتحول إلى قاض، بل يظل فردا عاديا. ولما كان المحكم يستمد سلطته من اتفاق الأطراف، فإن هذا الاتفاق لا يمكنه بداهة أن يمنحه سلطة عامة لوضع قواعد قانونية يكون لها قيمة تتعدى أطراف النزاع والقضية المنظورة أمامه(١).

ب - إن القول بأن التحكيم يعد قضاءا حقيقيا لمجتمع التجار يفترض وجود تنظيم، وفى داخل هذا التنظيم يوجد تدرج. فهل يوجد فى نظام التحكيم محكمة عليا، على غرار محكمة النقض بالنسبة للقضاء الوطنى، تراقب محاكم التحكيم المختلفة، وتعمل على توحيد الحلول التى تقررها هذه المحاكم وتفرضها بحيث يكون هناك قضاء حقيقى يسير المحكم على هداه(٢).

جـ - إن مراكز التحكيم ومؤسساته - والتى تعد فى نظر أنصار القانون التجارى الدولى المؤسسات التى تسهر على احترام قواعد هذا القانون

---

(١) انظر: Ibid, PP. 508 - 509, N° 794.
(٢) انظر: Ibid, P. 509, N° 795.

وتطبيقه - هى مراكز متعددة وذات درجات متفاوتة، ونشأت منغمسة enracinées فى أوساط قانونية مختلفة. فمنها ماهو قائم فى بلدان أوربا الغربية، ومنها ماهو قائم فى بلدان أوربا الشرقية، ومنها ماهو قائم فى البلدان العربية. ومن ثم لا يمكن النظر إلى هذه المؤسسات على أنها بمثابة أجهزة لنظام قانونى واحد، هو النظام القانونى لمجتمع التجار Societas mercatorum. كما أنه من المشكوك فيه أن يكون لهذه المؤسسات مفهوم واحد لهذا المجتمع، بل يمكن القول، من باب أولى، أن هذه المؤسسات فى الحدود التى ينظر إليها على أنها قوى اقتصادية خاصة - قد تولت أمر الوسط عبر الدولى L'espace transnational لتنظيمه من أجل تحقيق مصالحها، وليس من أجل بناء قانون دولى للتجار يتلاءم مع مقتضيات التجارة، ويحقق العدالة فيما بينهم(١).

ونحن من جانبنا - وبدون الدخول فى تفاصيل كثيرة(٢) - نرفض التسليم بهذا الرأى مطلقا. إذ أنه من غير المقبول - لدينا - القول بوجود قانون مصادره ومكوناته هى العقود النموذجية، والشروط العامة، والعادات المتبعة فى مجال التجارة، وأحكام التحكيم. إن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد عادات وأعراف أراد أصحاب هذا الرأى أن يجعلوا منها قانونا يحكم العقد. وفى حقيقة الأمر، أن هذا الرأى يثير لدى الشكوك والعديد من التساؤلات حول السبب الذى دفع هؤلاء الفقهاء بأن يدلوا بهذا الرأى، وأن ينظروا إلى العقود، والشروط العامة، واحكام التحكيم على أن لديها القدرة على أن تصنع قانونا. إنه من غير الممكن التسليم بهذا القول إلا إذا سلمنا أيضا - وفقا لمنطق أصحاب هذا الرأى - بأن اطراف هذه العقود وكذلك المحكمين، يعتبرون سلطات تشريعية قادرة على سن القوانين. إن هذا الرأى فى حقيقته ليس إلا تطبيقا لنظرية القانون الذاتى للعقد. إن ما نقول به

---

(١) انظر: LAGARDE (P.), Op. Cit., P. 138.

(٢) إن عرض هذا الاتجاه ومناقشته على نحو تفصيلى يحتاج إلى دراسة مستقلة. اتمنى فى المستقبل القريب القيام بهذه الدراسة.

ليس محض إفتراء ندعيه، بل إن الاطلاع على كتابات بعض أنصار هذا الاتجاه يؤكد صحة ما نقول به. ونذكر هنا، على سبيل المثال، ما ذكره الأستاذ Goldman، والذى يعد من أوائل المدافعين عن هذا القانون - قائلا «إن العقود التى تحيل إلى العقود النموذجية لا تكون محكومة بقانون دولة معينة أو بقانون موحد معتمد بواسطة اتفاقية مبرمة بين الدول، بل تكون محكومة بالعقود النموذجية ذاتها. كما أن هذه العقود لا تقتصر دائما على تقنين العادات الموجودة سلفا، بل تنشىء أيضا قواعد جديدة مختلفة عن قواعد القوانين الوطنية، ومستوحاة فى الحقيقة من مصالح الشركاء الأكثر قوة فى بعض الأحيان، ولكن فى حالات أخرى مستوحاة من المصالح المشتركة للأطراف المتعاقدة»(١).

على أية حال، لقد سجل أنصار هذا الرأى انتصارا جزئيا على صعيد الاتفاقيات الدولية، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وكذلك على صعيد القوانين الوطنية الحديثة الصادرة بشأن التحكيم الدولى. إذ أن كل هذه الوثائق قد نصت على أن يراعى المحكم عند الفصل فى النزاع شروط العقد وعادات التجارة. فالاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ بعد أن نظمت فى المادة (٧) منها مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، أوضح نفس النص أنه سواء أكان هذا القانون مختارا بواسطة الأطراف أو بواسطة المحكمين، فإن على المحكمين، فى كلتا الحالتين، أن يأخذوا فى الاعتبار شروط العقد وعادات التجارة. كذلك الأمر بالنسبة لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى عام ١٩٧٦، فبعد أن بينت المادة (١٢) منها كيفية تحديد القانون واجب التطبيق، نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه «وفى جميع الأحوال، تفصل محكمة التحكيم طبقا لإشتراطات

---

(١) انظر:

GOLDMAN (B.), Frontières ..., Op. Cit., P. 180.

وانظر فى نفس المعنى:

FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial ... Op. Cit., PP. 408 - 409, N° 588.

العقد. وتراعى عادات التجارة واجبة التطبيق على العلاقة». كما نص على ذلك أيضا القانون النموذجى (م ٤/٢٨)، وقواعد التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية (م ٥/١٣)، وغالبية القوانين الحديثة مثل القانون الفرنسى (م ١٤٩٦)، والقانون المصرى (م ٢/٣٩)، والقانون السويسرى (م ١٨٧).

وبالانتهاء من هذا الرأى الأخير نكون بذلك قد انتهينا من عرض الحلول الفقهية المختلفة التى قيل بها بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بواسطة الدولة والأجهزة التابعة لها مع الشركات الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول.

وعلى الرغم من الانتقادات التى وجهت إلى هذه الحلول إلا أن البعض منها قد لاقى تطبيقا من قبل أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات التى ثارت بين الدول المنتجة والأجهزة التابعة لها وشركات البترول الأجنبية بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم. كما أن هذه الحلول الفقهية - وكذلك الحلول التى قضت بها أحكام التحكيم - قد استندت على الشروط التعاقدية التى تضمنتها عقود البترول. وهو ما سنعرض له فى المبحث الثالث والمخصص لأحكام التحكيم والممارسة التعاقدية.

المبحث الثالث

أحكام التحكيم والممارسة التعاقدية

بعد ان عرضنا للحلول الفقهية المختلفة بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول. نتعرف فى هذا المبحث على الحلول التى أخذت بها أحكام التحكيم فى هذا الصدد. كما نتعرف أيضا على موقف الأطراف أنفسهم من خلال فحص الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق التى تضمنتها عقود البترول. وذلك كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول
أحكام التحكيم

كانت المنازعات الناشئة عن عقود البترول محلا للعديد من أحكام التحكيم، والتى من أهمها الأحكام الصادرة فى القضايا التالية: قضية أبى ظبى، وقطر، وسافير، وأرامكو، والبرتش بتروليم، وليامكو، وتكساكو، وأمينوئيل. ونعرض لهذه الأحكام تباعا.

أولا: حكم التحكيم الصادر فى قضية أبى ظبى سنة ١٩٥١[١]:

فى هذه القضية لم يكن عقد امتياز البترول موضوع النزاع يتضمن نصا صريحا وواضحا يحدد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. ومن ثم فقد بدأ المحكم الوحيد فى هذه القضية اللورد Asquith بالبحث عن النظام القانونى الوطنى واجب التطبيق باعتباره القانون المناسب للعقد مؤكدا على أن «الأمر يتعلق بعقد تم ابرامه فى أبى ظبى ويجب أن ينفذ بالكامل فى هذا البلد. فإذا كان هناك قانون داخلى واجب التطبيق. فإنه يجب من أول وهلة أن يكون قانون أبى ظبى»[٢]. بيد أن المحكم رفض الأخذ بهذه النتيجة التى توجب الأخذ بها قواعد الإسناد المتعلقة بالعقود ذات الطابع الدولى فى القانون الدولى الخاص، وذلك بقوله «بيد أنه لا يمكن

---

(١) وتتخلص وقائع هذه القضية فى أن الشيخ شخبوط حاكم أبى ظبى قد منح امتيازا بتروليا فى سنة ١٩٢٩ لشركة تنمية البترول المحدودة للبحث والتنقيب عن البترول واستغلاله فى الاقليم البرى الخاضع لسلطته وكذلك فى الجزر والمياه الاقليمية التابعة له ولما شرع الشيخ فى منح امتياز بترولى للبحث والتنقيب عن البترول واستغلاله فى منطقة الجرف القارى لشركة بترولية أخرى، نازعت شركة تنمية البترول المحدودة فى ذلك على أساس ان امتيازها المبرم فى عام ١٩٢٩ يشمل أيضا منطقة الجرف القارى وتطبيقا لشرط التحكيم الوارد فى العقد، لجأ الطرفان إلى التحكيم وتم تعيين اللورد اسكويث Asquith كمحكم وحيد للفصل فى هذه القضية. راجع الحكم منشور فى: I.L.R., 1951, P. 144 etS.، وفى التعليق عليه انظر: د. سامية راشد، دور التحكيم فى تدويل العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ص ٤٤ - ٥٠، بند ٢١، وانظر أيضا:

CHAMY (E.), Op. Cit., PP. 103 - 104, N⁰ 100.

(٢) انظر: I.L.R., 1951, P. 149.

القول بوجود مثل هذا القانون. فالشيخ يمارس عدالة تقديرية محضة مستعينا في ذلك بالقرآن. ولا يتصور أن يوجد في هذا الاقليم البدائي مجموعة من المبادىء القانونية واجبة التطبيق على أدوات التجارة الحديثة»(١).

وبعد أستبعاده للنظام القانوني الداخلي الوحيد الذي يمكن إسناد العقد إليه قانونا وذلك بحجة تخلفه، اتجه المحكم إلى تطبيق ما أسماه «المبادىء الراسخة في العقل السليم والممارسة المشتركة في الأمم المتحضرة كنوع من القانون الطبيعي الحديث»(٢). ولقد استند المحكم في سبيل تأييده لهذا الحل على إرادة الأطراف المتعاقدة - تلك الإرادة التي نسبها هو إليهم - حيث قرر أن الأطراف وقد ضمنوا عقدهم نصا يقضي بتنفيذ وتفسير العقد وفقا لحسن النية والثقة المتبادلة والتفسير المعقول، فإنهم بذلك يكونوا قد رفضوا تطبيق أي قانون داخلي. ومع ذلك، لقد أنتهى المحكم في هذه القضية إلى تطبيق القانون الانجليزي - قانون الشركة المتعاقدة - وذلك بدعوى أنه يعد نموذجا للقانون الطبيعي الحديث ويشتمل على هذه المبادىء.

ويمكن إبداء الملاحظات التالية على هذا الحكم:

١ - إن القول بأن الشيخ يمارس عدالة تقديرية محضة مستعينا في ذلك بالقرآن قول مردود. فالقرآن لا ينشىء عدالة تقديرية. إذ أنه يأمر بأن تكون العدالة في ممارسة السلطة لها عدالة مطلقة بدون تمييز بسبب الدين

---

(١) انظر: Ibid, P. 149. حيث يذكر أن:

«But no such law can reasonably be said to exist. The sheikh administers a Purely discretionary justice with the assistance of the koran, and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments».

(٢) انظر الحكم حيث يقول:

«Principles rooted in the good sense common practice of the generality of civilized Nations a sort of modern law of Nature». Ibid., P. 149.

أو الجنس أو اللون أو القرابة(١) . حيث يقول الله تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل»(٢). كما أن القول بأن القانون الإسلامى قانون متخلف كان منقوضا فيما بعد من قبل محكمة التحكيم التى فصلت فى قضية أرامكو ضد السعودية. إذ أنها أكدت على أن «يستخلص من الفقه والمعلومات المقدمة من كل من الطرفين أن المملكة العربية السعودية تنتمى إلى أحد الأنظمة القانونية الكبرى فى العالم وهو النظام القانونى الإسلامى»(٣).

٢ - إنه من الصعب تفسير مجرد الإشارة فى العقد إلى مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة والتفسير المعقول على أنه يفيد رغبة الأطراف فى استبعاد تطبيق كل قانون داخلى. كما أنه من الصعب تفسير هذا الشرط على أنه يعبر ضمنيا عن رغبة الأطراف فى تطبيق المبادىء العامة للقانون على العقد موضوع النزاع(٤). والحقيقة - على حد تعبير بعض الفقهاء(٥) - هى أن المحكم اتخذ ذلك الشرط ذريعة ليبرر قانونا جهله بأحكام الشريعة الإسلامية التى رماها بالتخلف من منطلق تعصب دينى أعمى.

٣ - إن التجاء المحكم إلى المبادىء العامة للقانون أو القانون الطبيعى الحديث لم يكن سوى ستار للوصول إلى تطبيق قواعد القانون الانجليزى، أى قانون الشركة المتعاقدة، باعتباره التجسيد الحى لتلك المبادىء(٦).

٤ - إن تكملة النقص والقصور الذى يعترى القانون واجب التطبيق

---

(١) وفى نفس المعنى راجع:- ZAHI (A.), Op. Cit., P. 335.

(٢) الآية رقم «٥٨» من سورة النساء.

(٣) انظر الحكم: Rev. Crit., 1963, P. 310.

(٤) انظر فى نفس المعنى:

EL-KOSHERI (A.S.), Le régime juridique ...., Op. Cit., P. 311.

(٥) انظر، د. سامية راشد، دور التحكيم فى تدويل العقود، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٦) راجع: د. سامية راشد، المرجع المذكور أعلاه، ص ٤٩.

لا يكون باستبعاد تطبيق هذا القانون، على نحو ما فعل الحكم المذكور. وانما يكون من خلال تطبيق المصادر الاحتياطية فى القانون واجب التطبيق ذاته. فالقوانين الوطنية غالبا ما تشتمل على مصادر احتياطية يتعين اللجوء إليها فى حالة عدم وجود نصوص واجبة التطبيق على موضوع النزاع أو فى حالة عدم كفايتها. ومن هذه المصادر المبادىء العامة للقانون أو مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

ثانيا: حكم التحكيم الصادر فى قضية قطر سنة ١٩٥٣(١):

وفى هذه القضية أيضا لم يكن عقد امتياز البترول موضوع النزاع يتضمن نصا صريحا وواضحا يحدد القانون واجب التطبيق على العقد. ولذلك فقد بدأ المحكم Alfred Bucknill بالبحث عن النظام القانونى واجب التطبيق مؤكدا على أنه «إذا أخذنا فى الاعتبار موضوع العقد، فإنه من الصعب تفسيره بعيدا عن قانون قطر. فالحكومة تعد طرفا فى العقد، كما تم اختيار اقليم قطر كمقر لمحكمة التحكيم، بالإضافة إلى أنه قد تم تحرير العقد باللغة العربية واللغة الانجليزية. إن كل هذه العناصر تشير إلى القانون الإسلامى، القانون المطبق فى قطر، باعتباره القانون الذى يحكم العقد»(٢).

(١) وتتلخص هذه القضية فى أن نزاعا قد نشب بين حاكم قطر والشركة البحرية الدولية للبترول «International Marine oil company» بمناسبة عقد امتياز البترول المبرم بينهما عام ١٩٣٥، وذلك عندما انهت الشركة هذا العقد ورفضت سداد الدفعات المالية المستحقة عن السنة الأخيرة التى أنهت فيها العقد. راجع الحكم منشور فى: I.L.R., 1953, P. 534 etS. وفى التعليق عليه انظر: د. سامية راشد، دور التحكيم فى تدويل العقود، المرجع السابق، ص ص ٥٠ - ٥٤، بند ٢٢.

(٢) انظر الحكم: I.L.R., 1953, P. 544.، حيث يذكر أن:

«if one considers the subject matter of the contract it is oil to be taken out of ground within the jurisdiction of the ruler. That fact, together with the fact that the ruler is a party to the contract and had, in effect, the right to nominate Quatar as the placy where any arbitration arising out of the contract should sit, and the fact that the agreement was written in arabic as will as english, Points to islamic law, that being the law administered at Quatar

ومع ذلك فإن المحكم اتجه إلى تأييد وجهة النظر التى سبق وأن أخذ بها المحكم اللورد «اسكويث» فى قضية أبى ظبى، والتى مفادها أن النظام القانونى المطبق فى قطر على أساس الشريعة الإسلامية غير مؤهل لحكم الامتيازات البترولية الحديثة، وذلك بقوله «بيد أننى على قناعة أن هذا القانون (القانون الإسلامى المطبق فى قطر) لا يشتمل على المبادىء الكافية لتفسير مثل هذا العقد»(١).

وبعد أن استبعد المحكم إعمال النظام القانونى القطرى واجب التطبيق على العقد وفقا لقواعد الإسناد المتبعة فى القانون الدولى الخاص وذلك بحجة تخلفه، انتهى إلى تطبيق ما أسماه بمبادىء العدل والإنصاف والضمير اليقظ مسندا ذلك إلى إرادة الأطراف، وذلك بقوله «فى رأى أن أى من الطرفين لم يقصد تطبيق القانون الإسلامى المطبق فى قطر. بل إن الطرفين قد أرادا إخضاع هذا العقد لمبادىء الدل والإنصاف والضمير اليقظ»(٢).

ويمكن إبداء الملاحظات التالية على هذا الحكم:

١ - إن المحكم قد أسند للأطراف إرادة لا وجود لها وذلك عندما قرر أن الطرفين قد أرادوا إخضاع العقد محل النزاع لمبادىء العدل والانصاف والضمير اليقظ.

٢ - إن المحكم لم يحدد المقصود بمبادىء العدل والانصاف

---

(١) انظر الحكم حيث يذكر أن:

«I'am satisfied that the law (the islamic law as administered in Quatar) does contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contrat». Ibid, P. 544.

(٢) انظر الحكم إذ يذكر أن:

«In my opinion neither party intended islamic law to apply, and intended that the agreement was to be govemend by the principles of justice, equity and good conscience». Ibid, P. 546.

والضمير اليقظ وما إذا كانت هذه المبادىء مرادفة للمبادىء العامة للقانون باعتبارها مصدرا من مصادر القانون الدولى أو القانون الداخلى(١).

٢ - إن المحكم قد انتهى فى تبريره للحل الذى قضى به إلى الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية التى سبق وأن قرر عدم ملاءمتها لحكم العقد موضوع النزاع(٢). فبالنسبة لما إذا كانت الإتاوات السنوية تستحق الدفع مقدما أم لا، وما إذا كان يجوز تقسيمها إلى حصص تدفع على فترات زمنية متعاقبة، استند المحكم إلى أن الشريعة الإسلامية تقر تقسيم الإتاوات إلى حصص تدفع على أقساط(٣)..

ثالثا: حكم التحكيم الصادر فى قضية سافير Sapphire(٤):

بعد أن أكد المحكم الوحيد فى هذه القضية الأستاذ Cavin على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هى التى تحدد القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية، وبعد أن لاحظ أن العقد موضوع النزاع لم يتضمن أى اختيار صريح من قبل الطرفين، قرر أنه هو الذى سوف يتولى تحديد النظام القانونى الأكثر ملاءمة وفقا للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف وخصوصا المؤشرات الكامنة فى العقد.

- وقد أوضح المحكم أن كل من ضابط محل ابرام العقد، وضابط محل تنفيذه يشهدان لصالح تطبيق القانون الايرانى. بيد أنه قد رفض الأخذ بهذه النتيجة التى تفرضها قواعد الاسناد المعمول بها فى القانون الدولى الخاص، واتجه إلى تطبيق المبادىء العامة للقانون مستندا فى ذلك على العديد من المبررات التى يمكن أن نوجزها فيما يلى:

---

(١) انظر: د. سامية راشد، دور التحكيم فى تدويل العقود، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) انظر : د. سامية راشد، دور التحكيم فى تدويل العقود، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٣) انظر الحكم: I.L.R., 1953, P. 546.

(٤) راجع فى هذا الحكم:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ....., Op. Cit., P. 273 etSS. Spéc. P. 284 EtS.

١ - إن العقد موضوع النزاع يختلف بعمق عن عقود التجارة العادية المستهدفة بالقواعد التقليدية فى القانون الدولى الخاص. فهذا العقد مبرم بين شركة وطنية خاضعة للقانون العام من ناحية وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون الخاص من ناحية أخرى. ثم إن موضوع هذا العقد ليس عملية تجارية عادية، بل يمنح شركة سافير الاستغلال الطويل الأجل للثروات الطبيعية على الاقليم الايرانى، ويتضمن لأجل هذا الاستغلال الالتزام باستثمارات ضخمة واقامة منشآت ثابتة. كما أن هذا العقد يرتب حقوقا ليست تعاقدية خالصة، بل امتيازات تحقق مؤقتا لشركة سافير الحيازة وفى بعض الأحيان الرقابة على الاقليم الإيرانى. هذه الامتيازات تضفى على العقد طابعا خاصا يجعله خاضعا للقانون العام والقانون الخاص على حد سواء. وأخيرا فإن هذا العقد يتضمن لصالح الشركة الأجنبية تسهيلات ضريبية ذات طابع عام ظاهر. هذا الطابع العام مؤكد بضرورة التصديق على هذا العقد من قبل السلطة الايرانية. وبموجب العقد الحالى، تحمل الشركة الأجنبية إلى الدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية تتضمن بالنسبة لها استثمارات ومسئوليات ومخاطر على جانب كبير من الأهمية. ولذلك يبدو من الطبيعى إذن أن تكون الشركة الأجنبية محمية ضد التعديلات التشريعية التى يكون من شأنها تعديل اقتصاد العقد، وأن يتحقق لها نوع من الأمان القانونى. وهذا ما لا يمكن ضمانه للشركة بتطبيق القانون الإيرانى بدون قيد أو شرط. ذلك القانون الذى يكون من سلطة الدولة الإيرانية تعديله. وانتهى المحكم إلى أن هذه الاعتبارات المشار إليها تتجه نحو استبعاد تفسير وتنفيذ العقد طبقا للقانون المدنى الإيرانى.

٢ - إن العقد يتضمن شرطا يسند مهمة الفصل فى المنازعات المحتملة إلى محكم يتم تعيينه بواسطة رئيس المحكمة العليا فى سويسرا أو الدنمارك أو السويد أو البرازيل حسب الأحوال(١).

---

(١) وفقا لنص المادة (٤٠) من العقد يقوم كل طرف بتعيين محكم، ويقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث يكون رئيسا لمحكمة التحكيم. فإذا لم يتوصل المحكمان إلى اتفاق حول شخص المحكم الثالث، يتم تعيينه بناء على طلب الطرف ذى المصلحة بواسطة رئيس المحكمة الفيدرالية بسويسرا (م ١/٤١) وإذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين محكمه، كان للطرف الآخر الحق فى التوجه إلى رئيس المحكمة الفيدرالية =

وذهب المحكم إلى أنه إذا لم يكن هناك أى نتيجة إيجابية يمكن أن نستخلصها من شرط التحكيم، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، إلا أنه من الجائز أن نرى فى هذا الشرط دلالة سلبية على رفض التطبيق المقصور للقانون الإيرانى. فلو كان حقيقيا أن الأطراف قد قصدوا إخضاع العقد للقانون الإيرانى، وأنهم لم يقصدوا بشرط التحكيم سوى مجرد استبعاد منازعاتهم المحتملة عن اختصاص القضاء الإيرانى، لما فات على محررى العقد - والمفترض أنهم رجال قانون بارعون - أن ينزعوا، بموجب شرط صريح فى العقد، كل مدى للإشارة التى يتضمنها شرط التحكيم(١).

٢ - تنص الفقرة الأولى من المادة (٣٨) من العقد موضوع النزاع على أن «يتعهد الأطراف بتنفيذ نصوص هذا الاتفاق وفقا لمبادىء حسن النية والإرادة الحسنة، مراعين فى آن واحد روح الاتفاق ونصوصه». فقد ذهب المحكم إلى أن هذا الشرط يعبر عن إرادة الأطراف فى استبعاد تطبيق أى قانون وطنى محدد، وتطبيق القواعد القانونية المبنية على الممارسة المشتركة فى الأمم المتحضرة. وتعتبر هذه القواعد مصدرا للقانون بنص المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية وكذلك بالعديد من قرارات القضاء الدولى التى أبرزتها وحددتها. إن تطبيق هذه القواعد يعد مبررا هنا لا سيما وأن العقد موضوع النزاع مبرم بين هيئة تابعة للدولة وشركة أجنبية، ويخضع فى بعض جوانبه للقانون العام، ويتسم بطابع شبه دولى. ولهذا فإن هذا العقد يفلت من الخضوع لسيادة المشرعين ويختلف كلية عن العقد التجارى العادى. ولقد انتهى المحكم إلى أن المادة (١/٣٨) من العقد تعد قرينة على اتجاه إرادة الأطراف فى استبعاد تطبيق القانون الإيرانى، ومن باب أولى، أى قانون وطنى آخر. والخضوع فيما يتعلق بتفسير العقد

- بسويسرا لتعيين محكم وحيد (م ٢/٤١) وفى الحالة التى لا يتم فيها تعيين محكم وحيد أو المحكم الثالث وفقا للفقرة الأولى، فإن ذلك يتم بناء على طلب الطرف ذى المصلحة بواسطة رئيس المحكمة العليا فى الدنمارك أو السويد أو البرازيل.
راجع هذا النص فى: Ibid., P. 277.

(١) انظر: Ibid, P. 285.

للمبادىء العامة للقانون المؤسسة على الممارسة المشتركة فى البلدان المتحضرة(١).

٤ - لقد استند المحكم أيضا على نص المادة (٢/٢٧) من العقد موضوع النزاع والتى تنص على أن تعبير القوة القاهرة La force mageure يجب أن يكون محددا طبقا للمبادىء العامة فى القانون الدولى(٢).

٥ - كما استند المحكم على أن هناك عقودا أبرمتها الشركة الوطنية الايرانية (نيوك) مع الشركات الأجنبية مماثلة للعقد الذى ابرمته شركة سافير. وتضمنت شروطا تنص على تطبيق المبادىء العامة للقانون. من ذلك العقد المبرم فى عام ١٩٥٤ مع الكونسرتيوم الدولى للبترول، والعقد المبرم سنة ١٩٥٧ مع الشركة الايطالية أجيب.

وقد أوضح المحكم أن بقبول الدولة الايرانية لمثل هذه الشروط التى تقضى بتطبيق المبادىء العامة للقانون، تكون بذلك قد اعترفت بشرعية الضمان المقرر بهذه الوسيلة للشركات الأجنبية ضد القرارات التى تصدر من جانب واحد، والتى تكون مفروضة لو تم تقرير تطبيق القانون الايرانى.

ثم أضاف المحكم «إذا كان من الثابت أن مثل هذا الشرط لم يظهر فى العقد الذى أبرمته الشركة الإيرانية نيوك مع شركة بان أمريكان عام ١٩٥٨، والعقد موضوع النزاع والمبرم مع الشركة الدولية سافير. بيد أن السمات الأساسية المميزة لكل هذه العقود تعد واحدة. فهذه العقود جميعها لها نفس الموضوع ونفس الطابع وهو ما يظهر بوضوح من خلال تماثل عدد من الشروط التى تتضمنها، وخصوصا تلك التى تتعلق بتنفيذها وتسوية المنازعات المحتملة بطريق التحكيم. ثم أردف المحكم مقررا أنه وفقا لمبدأ حسن النية، فإن الشركة الإيرانية نيوك لا يمكنها الادعاء بأن عدم وجود

---

(١) انظر: Ibid, PP. 285 - 286.

(٢) انظر: Ibid, P. 286.

نص صريح يحدد القانون واجب التطبيق يجب أن يفسر على أنه استبعاد لمبدأ مستقر فى العقود السابقة التى لها نفس الموضوع، وذلك لأن مقتضيات الضمان المقرر لصالح الشركة الأجنبية تتطلب، وفقا لحسن النية والمنطق، الأخذ بنفس الحل الذى سبق وأن وافقت عليه الشركة الوطنية الإيرانية فى العقود التى أبرمتها مع الشركات الأكثر قوة. فلو أن الشركة الوطنية الإيرانية كانت ترغب - فى العقد الحالى موضوع النزاع - فى استبعاد هذا المبدأ المعترف به فى عقودها السابقة، وترفض أن تقدم لشركة سافير الضمان الذى سبق وأن سلمت بمشروعيته، لعبر محررى العقد عن هذه الإرادة بموجب شرط صريح فيه(١).

وبالاستناد إلى ما تقدم، انتهى المحكم إلى أن استبعاد تطبيق القانون الإيرانى مستمد من نية الأطراف أنفسهم، كما أنهم أغفلوا النص على اختيار نظام قانونى وضعى آخر، ولقد كان هذا الاغفال من جانبهم مقصودا. إن كل الاشارات تدل على أن نية الأطراف قد اتجهت نحو اخضاع تفسير وتنفيذ هذا العقد للمبادىء العامة للقانون التى أشار إليها نص المادة (٣٧) من العقد، وهو النص الوحيد الذى تضمن اشارة صريحة إلى القانون واجب التطبيق(٢).

وقد تعرض هذا الحكم للعديد من الانتقادات التى يمكن أن نوجزها فيما يلى:

أ - إن القول بأن الطبيعة الخاصة للعقد موضوع النزاع - على النحو السابق بيانه - تقتضى أن يتم تفسير وتنفيذ العقد بعيدا عن القانون الإيرانى قول لا يمكن التسليم به ويبدو لنا غير منطقى. فمادام أن المحكم قد شدد على الطابع العام للعقد وقد أكد عليه من خلال ضرورة التصديق عليه من قبل السلطات الإيرانية، فكان من المنطقى أن يترتب على هذا النظر أن يقضى المحكم، من باب أولى، بتطبيق القانون الإيرانى بدلا من

(١) انظر: Ibid, PP. 286 - 287.

(٢) راجع: Ibid, P. 287.

استبعاده. فالقول بأن العقد يتصل فى بعض جوانبه بالقانون العام إن لم يكن يشكل قرينة قاطعة على تطبيق قانون الدولة الإيرانية. فهو على الأقل لا يستبعد تطبيق هذا القانون فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون واجب التطبيق على العقد.

ب - إن القول بأن شرط التحكيم يعد قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد قانون الدولة المتعاقدة قول متنازع فيه ومحل خلاف فى الفقه. فلقد اختلف الفقهاء فى الإجابة على التساؤل الموجه من قبل الأستاذ Van Heck المقرر العام لمجمع القانون الدولى فى دورته التى انعقدت فى أوسلو Oslo عام ١٩٧٧ بشأن تحديد النظام القانونى واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية. ولقد كان السؤال مصاغا على النحو التالى: ماهو أثر شرط التحكيم فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد؟ وهل يمكن القول بأن وجود شرط التحكيم فى العقد يعد قرينة على تطبيق قانون آخر غير القانون الداخلى للدولة المتعاقدة؟

فقد ذهب البعض(١) إلى عدم وجود أى تأثير لشرط التحكيم فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على العقد. كما أنهم يرفضون أن يروا فى شرط التحكيم قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة. فى حين ذهب البعض الآخر(٢) إلى أن شرط التحكيم يعد عنصرا حاسما فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد. ويرون فى هذا الشرط قرينة على اتجاه إرادة الأطراف نحو استبعاد

---

(١) راجع رأى كل من: Mann, Feliciano, Doehring فى: A.I.D.I., 1977, Vol 57, Tome I, P. 216, PP. 221 - 222, P. 229 et 261; El-Kosheri (A.S.), Le régime juridique ..., Op. Cit., PP. 308 - 309.

(٢) راجع رأى كل من: Seidl - Hohenveldern Monaco, P. Lalive فى: A.I.,D.I., 1977, Vol 57, Tome I, P. 226, P. 231, P. 233.

تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة. وقد اتخذ رأى ثالث(١) موقفا وسطا مقررا أنه من التزيد أن نعزوا إلى شرط التحكيم النتيجة التى مفادها استبعاد تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة. ومع ذلك يمكن اعتبار هذا الشرط قرينة على اتجاه نية الأطراف نحو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة شريطة أن توجد قرائن أخرى تعزز ذلك. ونحن من جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول من أن شرط التحكيم لا يشكل أية دلالة على أن نية الأطراف قد اتجهت نحو استبعاد تطبيق القانون الداخلى للدولة المتعاقدة. ولعل اتفاقية البنك الدولى لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والمبرمة فى واشنطن سنة ١٩٦٥ تقدم لنا الدليل الكافى فى هذا الخصوص. فهذه الاتفاقية لم تجعل من شرط التحكيم الوارد فى العقد المبرم بين الدولة والمتعاقد الخاص الأجنبى والذى يقضى باختصاص المركز الذى أنشأته لفض المنازعات الناشئة عن هذا العقد دليلا على اتجاه نية أطراف العقد نحو استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. بل على العكس تماما، لقد نصت المادة (٤٢) من هذه الاتفاقية على أنه فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق، فإن على المحكم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، بما فى ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، وكذلك مبادىء القانون الدولى المتصلة بالنزاع.

جـ - إن القول بأن الإشارة فى العقد إلى مبدأ حسن النية والإرادة الحسنة فى ظل عدم وجود أية اشارة إلى تطبيق قانون وطنى معين تعبر عن إرادة الأطراف فى استبعاد تطبيق تشريع وطنى معين، والخضوع فيما يتعلق بتفسير العقد وتنفيذه إلى المبادىء العامة للقانون قول متنازع فيه من ناحيتين: فمن ناحية إن مجرد الاشارة إلى مبدأ حسن النية لا يمكن اعتباره بمثابة اختيار ضمنى للقانون واجب التطبيق. ففى حالة عدم وجود نص صريح يقضى بتطبيق القانون الدولى أو المبادىء العامة للقانون، فمن غير

---

(١) راجع رأى الأستاذ باتيفول: Ibid, P. 213، وفى نفس الاتجاه الاستاذ المقرر Van Keck، انظر: Ibid, P. 202.

الممكن مطلقا أن نستخلص من مجرد الإشارة فى العقد إلى مبدأ حسن النية رفض تطبيق القانون الداخلى للدولة الطرف فى العقد. إن مجرد الإشارة إلى مبدأ حسن النية فى عقد مبرم بين دولة ومستثمر أجنبى ليس له مدلول آخر سوى التذكير بمبدأ تتضمنه كل التشريعات الحديثة ويأخذ به القضاء الوطنى(١).

ومن ناحية أخرى، فإن القول بأن العقد موضوع النزاع لم يشر إلى أى قانون وطنى قول يجافى الحقيقة. فلقد كانت المادة (٣٨) من هذا العقد تنص صراحة على أن «أية إجراءات تشريعية عامة أو خاصة أو أية إجراءات إدارية أو أية إجراءات أخرى أيا كانت طبيعتها سواء أكانت صادرة عن الحكومة أو أية سلطة حكومية فى إيران (مركزية أو محلية) أو صادرة عن الشركة الوطنية الإيرانية نيوك، لا يمكنها فسخ العقد أو المساس به أو تعديل نصوصه أو تحول أو تعوق تنفيذه. إن أى الغاء للعقد أو تعديله أو إصلاحه لا يمكن أن يتم إلا برضاء كل من الطرفين». كذلك فإن نص المادة (٤٥) من هذا العقد كانت تنص على أن «لا تطبق نصوص قانون البترول الإيرانى الصادر سنة ١٩٥٧ على هذا الاتفاق، وكذلك كل القوانين واللوائح التى لا تتفق كليا أو جزئيا مع نصوص هذا الاتفاق». إن هذه الشروط وإن كانت لا تعنى خضوع العقد على نحو كامل وشامل للقانون الإيرانى، حيث أن التعديلات التشريعية التى تحدث فى المستقبل فى

---

(١) انظر:

DELAUME (G.R.), Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, R.B.D.I., 1968, P. 347.

وانظر أيضا: BERLIN (D.), Op. Cit., P. 232. حيث قال:

«Comment tirer de la référence aux règles de la bonne foi, la volonté des parties de soumettre leur accord au droit international, Sans se voir accuse de vouloir faire dire aux termes ce qu'ils ne veulent pas dire».

وأيضا: MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 72 etSS.

هذا القانون لا يمكنها المساس بحقوق الأطراف المتعاقدة. بيد أنها لا تعنى أيضا الرفض الكلى لتطبيق القانون الإيرانى، حيث أن هذا القانون يستمر فى التطبيق فى الحدود التى يكون فيها متفقا مع نصوص العقد. ففى الحقيقة إن الأمر يتعلق بشرطين: شرط من شروط الاندماج Clause incorporation، التى تؤدى إلى اندماج نصوص القانون الإيرانى فى العقد بالحالة التى كانت عليها وقت ابرامه، مصحوبا بشرط من شروط الثبات Stabilisation التى مفادها تجميد أحكام القانون الإيرانى على الحالة التى كانت عليها عند ابرام العقد(١). وعلى ذلك يمكن القول بأن الأطراف لم يلتزموا الصمت، بل على العكس لقد بينوا وبوضوح كبير إلى أى مدى وبأى طابع يمكن أن ينطبق القانون الإيرانى على العقد(٢).

ولا يقلل من قيمة هذه النتيجة مطلقا أن يتضمن العقد شرطا يقضى بتحديد القوة القاهرة وفقا لمبادىء القانون الدولى (م ١/٢٧). فهذا الشرط لا يمكن تفسيره على أنه بمثابة اختيار ضمنى للقانون واجب التطبيق، بل إن الأمر يتعلق بشرط من شروط الاندماج L'incorporation مفاده إدماج أحد المبادىء العامة فى العقد. كما أن هذا المبدأ معترف به وبعبارات متماثلة فى الهامش الملحق بالمادة ١٢ من قانون البترول الإيرانى الصادر فى ٣١ يوليه لسنة ١٩٥٧.

وعلى ذلك من الصعوبة بمكان قبول وجهة النظر التى مفادها أن ادراج هذا الشرط المذكور فى العقد يعد دليلا على تدويل العقد فى

---

(١) راجع:

DELAUME (E.R.), Des stipulations ... Op. Cit., PP. 348 - 349; BERLIN (D.), Op. Cit., PP. 233 - 234.

(٢) راجع: LOGIE (J.), Op. Cit., P. 401.

«Les parties n'ont nullement gardé le silence, mais, bien au contraire, ont défini avec une grande précision dans quelle mesure et avec quel caractère le loi iranienne s'appliquerait au contrat».

مجموعه. والقول بغير ذلك سوف يؤدى بالضرورة إلى القول بأن الشرط الوارد فى المادة ٢٧ فقرة ب (والمماثل للشرط الوارد فى المادة ٢/٢٧ من عقد سافير موضوع النزاع) من العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية والشركة الإيطالية أجيب فى ٢٤ أغسطس سنة ١٩٥٧، وشرط اختيار القانون واجب التطبيق الوارد فى المادة (٤٠) من نفس العقد(١) . يشكلان إسهابا أو تزيدا une redondance لا طائل منه، إذ أنهما يعبران عن نفس المعنى(٢).

د - وفيما يتعلق باستناد المحكم على العقدين اللذين أبرمتهما إيران مع الكونسرتيوم الدولى عام ١٩٥٤ والشركة الوطنية الإيرانية مع الشركة الإيطالية أجيب عام ١٩٥٧، وكونهما قد تضمنا النص على تطبيق المبادىء العامة للقانون، فإن مثل هذا الاستدلال ينطوى على قدر كبير من المغالطة ويعد اتباعا لأسلوب المنطق المعكوس. لأن المحكم بدلا من أن يستخلص من سلوك الأطراف المتمثل فى عدم إشارتهم فى العقد موضوع النزاع للمبادىء العامة للقانون قرينة على أنهم قد رغبوا فى اتباع مسلك آخر غير ذلك المتبع فى العقدين السابقين، نجد أنه يخلص إلى عكس ذلك، ويرى فى عدم إشارة الأطراف إلى المبادىء العامة للقانون دليلا على اتجاه إرادتهم نحو تطبيقها.

إن العقدين المذكورين كانا قد أبرما قبل صدور قانون البترول الإيرانى فى ٣١ يوليو سنة ١٩٥٧، والذى نص فى المادة الثانية منه على أن تتولى الشركة الوطنية للبترول (نيوك) إبرام عقود البترول مع الأطراف الأخرى وفقا لأحكام هذا القانون، وبشرط ألا تتعارض نصوص هذه العقود مع القوانين الإيرانية الأخرى.

---

(١) إذ تقضى هذه المادة بتطبيق المبادىء العامة للقانون المعترف بها فى الأمم المتمدينة وذلك فى حالة غياب المبادىء القانونية المشتركة فى كل من القانون الإيرانى والقانون الإيطالى.

(٢) راجع فى ذلك:

DELAUME (G.R.), Des stipulations ...., Op. Cit., P. 349.

ومنذ صدور هذا القانون، أبرمت الشركة الوطنية الإيرانية العديد من عقود البترول(١)، من بينها العقد المبرم مع شركة سافير، ولم يتضمن أي من هذه العقود نصا صريحا يتعلق بالقانون واجب التطبيق على غرار ذلك النص الذي ورد في العقدين السابق الإشارة إليهما. وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على السياسة الجديدة التي تنتهجها شركة البترول الإيرانية والتي تستند إلى نصوص قانون البترول الصادر عام ١٩٥٧، والتي تقضي بعدم إخضاع العقود التي تبرم في وقت لاحق على صدور هذا القانون للمبادىء القانونية المشار إليها في العقدين السابقين(٢).

وأخيرا فإنه مما يدعو للغرابة أن يستند المحكم في إعماله للمبادىء العامة للقانون على شرط يتعلق باختيار القانون واجب التطبيق قد ورد في عقد آخر. إن شرط اختيار القانون واجب التطبيق الذي يرد في عقد معين لا يجب أن يكون له أي أثر خارج إطار العقد الذي ورد فيه(٣).

ز - ومن أهم ما يمكن أن يوجه إلى هذا الحكم من نقد أن المحكم لم يحدد بأي صفة لجأ إلى إعمال المبادىء العامة للقانون. هل بوصفها مصدرا احتياطيا من مصادر القانون الدولي وفقا للمادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية. أم بوصفها مصدرا احتياطيا لنظام قانوني آخر. يبدو أن المحكم نفسه كان مضطربا في هذا الخصوص، حيث نجد أنه، في سبيل تبريره لاعمال المبادىء العامة للقانون، قد أشار تارة إلى أن القاضي الذي يفصل في نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ عقد ما يلجأ طبيعيا إلى القواعد المكملة في النظام القانوني الوضعي واجب التطبيق على العقد(٤). وتارة

---

(١) من ذلك على سبيل المثال: العقد الذي أبرمته الشركة الوطنية الإيرانية مع شركة بان أمريكان سنة ١٩٥٨، وكذلك أيضا العقود التي أبرمتها نفس الشركة مع الشركات الأجنبية في يناير سنة ١٩٦٥، انظر:

DELAUME (G.R.), Des stipulations ... Op. Cit., P. 350, note 39.

(٢) راجع: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧٩٤ - ٧٩٥.

(٣) انظر: د. أحمد عشوش: المرجع السابق، ص ٧٩٩.

(٤) راجع:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P.285.

أخرى يشير إلى أن هذه القواعد تعد مصدرا للقانون بنص المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية(١).

ويبدو على الأرجح أن المحكم قد لجأ إلى تطبيق المبادىء العامة للقانون لذاتها دون أن يحدد صلتها بالقانون الدولى أو القوانين الداخلية(٢). ويمكن أن نستند فى ذلك على إحدى الفقرات التى وردت فى هذا الحكم والتى أوضح فيها المحكم أنه «لا ينوى الفصل فى النزاع وفقا للعدالة، أى كمحكم مفوض بالصلح. بل سوف يطبق، قواعد القانون الوضعى المشتركة فى الأمم المتمدينة، كما هى مصاغة فى القوانين ومعترف بها عموما فى الواقع العملى. وبصدد كل قاعدة قانونية متمسك بها، سوف يبرهن من ناحية على طبيعتها كقاعدة قانونية وضعية ومن ناحية أخرى على طبيعتها العامة»(٣).

ولما كان المحكم قد طبق المبادىء العامة للقانون لذاتها، أى دون أن تكون متصلة بالقانون الدولى أو بأى من الأنظمة القانونية الوطنية. فإن هذه المبادىء ظلت على هذا النحو - على حد تعبير البعض(٤) - معلقة فى الهواء. وقد اختلف الفقهاء فى رؤيتهم لهذا الحكم. ففى حين يرى أنصار

---

(١) راجع: Ibid, P. 286.

(٢) فى نفس الاتجاه:

BETTEMS (D.): Op. Cit., P. 96; WEIL (P.), Principes généraux du droit et contrats d'État, études offertes à B. Goldman, 1982, P. 396.

(٣) انظر:

LALIVE (J.), Un récent arbitrage suiss ... Op. Cit., P.287.
«Il n'entend en rien statuer en équité, comme un amiable compositeur, il s'appliquera au contraire à dégager les règles de droit positif, communes aux Nations civilisées, telle quelles sont formullées dans les lois et généralement reconnues par la pratique. A propos de chaque règle de droit invoque, il démontrera d'une part son caractère de règle de droit positif, d'autre part sa généralité».

(٤) انظر: WEIL (P.), Principes ... Op. Cit., P. 396.

نظرية القانون الذاتى للعقد أن هذا الحكم يعد تدعيما لنظريتهم(١). يرى الأستاذ J.Lalive فى هذا الحكم سندا قويا لنظرية قانون عبر الدول باعتباره نظاما قانونيا ثالثا(٢).

و - وأخيرا، يمكن القول بأن المحكم فى هذه القضية لم تكن لديه نية البحث عن القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع باعتباره القانون المناسب لحكم هذا العقد، بقدر ما كان يبحث عن إيجاد حل مناسب يحقق مصالح الشركة الأجنبية الطرف فى العقد. وقد أوضح المحكم عن غرضه الحقيقى هذا فى بداية تناوله لمسألة القانون واجب التطبيق وذلك عندما قرر أن الشركة الأجنبية تحمل، بموجب هذا العقد، إلى الدولة الإيرانية مساعدة فنية ومالية تتضمن بالنسبة لها استثمارات ومسئوليات ومخاطر جسيمة. ومن الطبيعى إذن أن تكون هذه الشركة محمية ضد التعديلات التشريعية التى يكون من شأنها تعديل اقتصاد العقد وأن يتحقق لها الأمان القانونى، وهو ما لا يمكن توفيره بتطبيق القانون الإيرانى، ذلك القانون الذى يكون من سلطة الدولة الإيرانية تعديله(٣). كما أعرب المحكم عن هذا الغرض فى نهاية تناوله لهذه المسألة عندما قرر قائلا «إن هذا الحل يبدو قادرا على توفير ضمانات الأمان اللازمة للشركات الأجنبية. تلك الشركات التى تحمل إلى الدول النامية مساعداتها المالية والفنية وتتحمل مخاطر جسيمة. إن من مصلحة الطرفين فى هذه العقود أن تحسم المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم وفقا للمبادىء العامة للقانون المعترف بها عالميا، بعيدا عن خصوصيات القوانين الوطنية التى غالبا ما تكون غير قادرة على تقديم الحل وخاصة قانون الدولة التى ينفذ فيها العقد، حيث تخضع دائما

---

(١) راجع: Ibid.

(٢) انظر: LALIVE (J.), Un récent arbitrage suisse ... Op. Cit., P. 296 etSS. Spéc. P. 301.

(٣) راجع: Ibid, PP. 284 - 285.

للتعديلات من قبل هذه الدولة، كما أنها غالبا ما تكون مجهولة أو غير معروفة لأحد المتعاقدين»(١).

رابعا: حكم التحكيم الصادر في قضية أرامكو ضد المملكة العربية السعودية عام ١٩٥٨(٢):

بدأت محكمة التحكيم - لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع - بالبحث في اتفاق التحكيم والذي نص في المادة الرابعة منه على أن «تفصل المحكمة في النزاع:

أ - طبقا للقانون السعودي بالنسبة للمسائل الداخلة في اختصاص السعودية.

ب - وطبقا للقانون الذي ترى المحكمة أنه واجب التطبيق. بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في اختصاص السعودية ...»(٢).

---

(١) راجع: Ibid, PP. 287 - 288. حيث يذكر الحكم:

«Une telle solution parait particulierement apte `a donner les garanties de sécurité indispensables aux sociétés étrangères, qui, apportent `a des pays en voie de développement leur concours financier et technique assument des risques importants. il est de l'intérêt des deux parties `a de tels accords que les litiges pouvant les diviser soient tranchés selon des principes généraux universellement reconnus et soient soustraits aux particularités des droit Nationaux, le plus souvent inaptes `a donner une solution s'agissant du droit de l'État où le contrat s'exécute, toujour sujets `a des modifications de la part de cet État et souvent ignorés ou mal connus de l'un des contractants».

(٢) انظر الحكم في:

Rev. Crit., 1963, P. 277, Spéc, P. 304 etSS.

وانظر ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ٥٢٥ ومابعدها.

(٢) إن استعمال اصطلاح «اختصاص» يعد في هذا الصدد غامضا، حيث لم يبين اتفاق التحكيم ما إذا كان المقصود بذلك الاختصاص التشريعي أم القضائي. ولقد اعتبرت محكمة التحكيم أن القانون السعودي يطبق على المسائل المتعلقة بالقانون العام. وأن القانون الذي تعينه المحكمة يطبق على المسائل المتعلقة بالقانون الخاص. انظر: د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٩٠. وأيضا: -

وقد أكدت المحكمة على أن اتفاق الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق يعد مطابقا لقواعد القانون الدولى الخاص فى غالبية دول العالم المتحضر. وبالتالى يجب أن يأخذ فى الحسبان من قبل محكمة التحكيم. بيد أن الأطراف لم يتفقوا على تطبيق قانون واحد. بل اتفقوا كذلك على تطبيق القانون المعين بواسطة المحكمة بالنسبة للمسائل غير الداخلة فى اختصاص السعودية.

وفى معرض بحثها عن القانون واجب التطبيق، استبعدت المحكمة نظرية القانون الذاتى للعقد. وذلك بقولها «من المؤكد أن العقد أيا كان لا يمكنه أن ينشأ فى فراغ، ولكن يجب أن يستند إلى قانون معين ...»(١). كما استبعدت إخضاع العقد للقانون الدولى العام وذلك بقولها «إن عقد امتياز عام ١٩٢٣ لم يكن مبرما بين دولتين ذاتى سيادة. بل بين دولة وشركة خاصة أمريكية، وبالتالى لا يخضع للقانون الدولى العام»(٢).

وقد استعرضت المحكمة الحلول المتنوعة المعمول بها فى إطار القانون الدولى الخاص، مبينة أنه وفقا للمبادىء العامة فى القانون الدولى الخاص. فإن العقد ذا الطابع الدولى يجب أن يخضع فى المقام الأول للقانون المختار صراحة بواسطة الأطراف إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة. وأنه فى حالة غياب قانون الإرادة الصريحة، يتعين تطبيق قانون الإرادة المفترضة. كما بينت أيضا أن القانون الاحتياطى يمكن أن يكون

= BATIFFOL (H.), La sentence Aramco ..., Op. Cit., PP. 649 - 650.

(١) انظر الحكم فى: Rev. Crit., 1963 , P. 312.

(٢) انظر: Ibid, P. 313. حيث يذكر الحكم:

«La convention de 1933 N'ayant pas été conclue entre deux États, mais entre un État et une compagnie privée américaine, elle ne relève pas du droit international public».

قانون الجنسية المشتركة أو قانون محل الإبرام أو قانون موطن المدين Lex domicilii dibitoris أو قانون محل التنفيذ Lex executionis أو قانون البلد الذى يوجد بينه وبين العقد الصلة الأكثر وثاقة. كما بينت أيضا أن هناك بعض الاتجاهات التى تأخذ بفكرة تجزئة العقد بمعنى إخضاعه لأكثر من قانون، فى حين أن البعض الآخر يرفض الأخذ بهذه الفكرة ويقرر إخضاع العقد فى مجمله لقانون واحد. كما أن البعض يشترط وجود صلة مناسبة بين القانون المختار بواسطة الأطراف وموضوع النزاع، فى حين أن البعض الآخر يترك للأطراف الحرية الكاملة فى الاختيار.

بعد ذلك أكدت المحكمة أنه بموجب الحرية الممنوحة لها من قبل الأطراف فى اتفاق التحكيم، فإن لها القدرة على الإختيار من بين هذه المفاهيم المتعددة شريطة أن يكون اختيارها موضوعيا وان تبرره خصوصيات النزاع المطروح أمامها(١).

كما أكدت أن عقد الامتياز محل النزاع يعد عقدا ذا طابع دولى، ومن ثم يتعين الأخذ بالقانون المختار صراحة بواسطة الأطراف شريطة أن يكون لهذا القانون صلات مناسبة مع النزاع. ثم بينت أن اختيار الأطراف للقانون السعودى يعتبر اختيارا مناسبا، حيث أن هذا القانون هو قانون الدولة محل الإبرام. كما أنه قانون الدولة محل التنفيذ. هذا بالإضافة إلى كونه قانون الدولة المتعاقدة، ومن المعترف به فى القانون الدولى الخاص أن العقود التى تبرمها الدولة يفترض أنها تخضع لقانون هذه الدولة مالم يثبت عكس ذلك. وقد أشارت المحكمة فى ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر فى قضية القروض الصربية والبرازيلية عام ١٩٢٩(٢).

وفيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على المسائل التى لا تدخل فى اختصاص القانون السعودى، قررت المحكمة تبنى

---

(١) انظر: Ibid, P. 313.

(٢) انظر: Ibid, PP. 313 - 314.

الحلول السائدة في القضاء الانجليزي والسويسري والتي تعطي الاختصاص لقانون البلد الذي يوجد بينه وبين العقد الصلات الفعلية والطبيعية الأكثر وثاقة(١).

ثم أوضحت أن القانون النافذ في المملكة العربية السعودية لا يتضمن أية قاعدة محددة بشأن استغلال حقول البترول لأن هذا الأمر لم يكن معروفا في هذه الدولة قبل إبرام عقد الامتياز محل النزاع عام ١٩٣٣، وان هذ النقص في القانون السعودي كان مكملا بعقد الامتياز محل النزاع. ومن ثم فإن عقد الامتياز محل النزاع يعد القانون الأساسي للأطراف ويتعين على المحكمة أن تعترف له بأهمية خاصة في أنه يكمل النقص في القانون السعودي في مسائل صناعة البترول. وفي الحالة التي يوجد فيها أية شكوك سواء حول مضمون الاتفاقات المبرمة بين الأطراف أو معناها، يتم اللجوء إلى المبادىء العامة للقانون من أجل تطبيق وتفسير هذه الاتفاقات أو تكملة الحقوق والإلتزامات المتبادلة للأطراف(٢).

وبناء عليه، انتهت المحكمة إلى أن المسائل المتصلة بالقانون الخاص تخضع من حيث المبدأ للقانون السعودي، ولكن مع مراعاة أن هذا القانون يتم تفسيره وتكملته - عند الضرورة، بالمبادىء العامة للقانون، والعادات المتبعة في صناعة البترول ومعطيات العلم القانوني الخالص(٣).

---

(١) انظر: Ibid, P. 314.

(٢) انظر: Ibid PP. 314 - 315.، حيث يذكر الحكم أن:

«Le droit en vigueur dans l'arabie saoudite ne contenant aucune règle précise sur l'exploitation des gisements pétrolifères, car il n' y en avait pas dans cet État avant 1933, cette lacune 'a été comblée par le contrat de concession de 1933....; Le contrat de concession est donc la loi fondamentale des parties et le tribunal de céans doit lui reconnaitre une importance particulière en ce qu'il comble une lacune du droit de l'Arabie saoudite en matière d'industrie pétrolière ...».

(٣) انظر: Ibid, P. 316.

وإذا كان لنا أن نعلق على هذا الحكم، فإنه يمكن إبداء الملحوظتين التاليتين:

١ - إن هذا الحكم قد اشتمل على تناقضين رئيسيين: فمن ناحية، بعد أن أكد على أن أى عقد لا يمكن أن ينشأ فى فراغ، بل يتعين أن يستند إلى نظام قانونى معين، بيد أنه قد نقض هذا التأكيد عندما قرر أن عقد الامتياز محل النزاع يعد بمثابة القانون الأساسى للأطراف. ومن ناحية أخرى، بعد أن أكدت المحكمة على وجوب التفرقة بين القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم وذلك الذى يحكم موضوع النزاع، وأنها إذا كانت قد أخضعت إجراءات التحكيم للقانون الدولى، فإنها لا تنوى إخضاع النزاع لهذا القانون، وبعد أن استبعدت تطبيق القانون الدولى العام على أساس أن عقد الامتياز محل النزاع لم يكن مبرما بين دولتين ذاتى سيادة، بل بين دولة وشركة خاصة أمريكية، إلا أنها قد نقضت ذلك كله عندما قررت تطبيق أحكام القانون الدولى على بعض آثار الامتياز خصوصا المسائل التى قدرت أنها تعد لأسباب موضوعية غير خاضعة لقانون وطنى معين، كما هو الشأن بالنسبة للمسائل المتعلقة بعمليات النقل فى أعالى البحار، وبسيادة الدولة على مياهها الاقليمية، وبمسئولية الدول لمخالفتها لالتزاماتها الدولية(١).

٢ - إن المحكمة قد انتهت إلى تطبيق المبادىء العامة للقانون وأحكام القانون الدولى إلى جانب القانون السعودى. بيد أنها لم تحدد ما إذا كانت قد طبقت المبادىء العامة للقانون بوصفها أحد مصادر القانون الدولى أم القانون الداخلى، ودون أن تقدم تبريرا قانونيا لتطبيقها لهذه المبادىء، ولاحكام القانون الدولى. وفى هذا الصدد، ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن محكمة التحكيم قد لجأت إلى نظام قانونى مركب غير معروف لسواها(٢).

---

(١) انظر الحكم: Ibid, P. 318.

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 98، حيث يذكر أن:

«Le tribunal semble avoir eu recours `a un systѐme de droit complex connu de lui seule».

خامسا: حكم التحكيم الصادر فى قضية B.P. ضد الحكومة الليبية عام ١٩٧٣(١):

فى هذا الحكم، بدأ المحكم الوحيد «Lagergren» بالتأكيد على أن محكمة التحكيم ليس لها قانون اختصاص Lex Fori يزودها بالنظام القانونى الذى يمكنها اللجوء إليه لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. ومن ثم قرر المحكم أنه مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن لمحكمة التحكيم الحرية فى اختيار قاعدة تنازع القوانين التى تبدو لها واجبة التطبيق، آخذة فى الاعتبار الظروف المحيطة بالنزاع، واستند فى ذلك إلى الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى.

ونظرا لحرية محكمة التحكيم فى اختيار قاعدة التنازع التى تراها واجبة التطبيق، قرر المحكم تطبيق قواعد تنازع القوانين فى دولة الدنمارك باعتبارها الدولة مقر التحكيم، والتى تعترف بمبدأ استقلال الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق فى المسائل التعاقدية وبناء عليه، تبنى المحكم القانون الذى اتفق عليه الأطراف فى المادة (٧/٢٨) من عقد الامتياز محل النزاع.

وقد قرر المحكم أن شرط القانون واجب التطبيق الوارد فى المادة (٧/٢٨) المذكورة يستبعد تطبيق القانون الداخلى وحده أو القانون الدولى وحده، حيث أن نص المادة (٧/٢٨) يشير إلى تطبيق مبادىء القانون الليبى المشتركة مع مبادىء القانون الدولى. كما أنه يشير إلى تطبيق المبادىء العامة للقانون بما فى ذلك المبادىء التى طبقتها المحاكم الدولية، فى حالة غياب المبادىء المشتركة فى القانون الليبى والقانون الدولى.

وبعد أن لاحظ المحكم عدم وجود مبادىء مشتركة بين القانون الليبى والقانون الدولى، قرر المحكم تطبيق المبادىء العامة للقانون(٢).

---

(١) انظر أجزاء من هذا الحكم منشورة فى: Rev. Arb., 1980, P. 117 etSS.

(٢) انظر: Rev. Arb., 1980, P. 121 etSS.

سادسا: الحكم الصادر فى قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية عام ١٩٧٧ (١):

تعرض المحكم «ديبوى» لبحث مسألة القانون واجب التطبيق على عقود الامتياز محل النزاع، وبين أن هذا القانون هو ذلك الذى اتفق عليه الأطراف فى المادة (٢٨) التى نصت على أنه «يكون هذا العقد محكوما ومفسرا وفقا لمبادىء القانون الليبى التى تكون متفقة مع مبادىء القانون الدولى. وفى حالة غياب المبادىء المشتركة فى القانون الليبى والقانون الدولى، يكون العقد محكوما ومفسرا وفقا للمبادىء العامة للقانون، بما فى ذلك المبادىء التى طبقتها المحاكم الدولية»(٢).

ثم طرح المحكم السؤال التالى: هل للأطراف الحق فى اختيار القانون أو النظام القانونى الذى يحكم عقدهم؟ وقد رد المحكم على هذا التساؤل بالإيجاب موضحا أن كل الأنظمة القانونية، أيا كانت تطبق مبدأ استقلال الإرادة على العقود الدولية. حيث إن هذا المبدأ يعد مبدأ عالمى التطبيق، حتى وإن لم يكن له نفس المعنى أو نفس المضمون فى كل الأنظمة القانونية.

وقد ذهب المحكم إلى ضرورة تحديد السند القانونى لتطبيق مبدأ استقلال الإرادة فى القضية الحالية. وهنا لجأ المحكم إلى التفرقة بين القانون الذى يحكم العقد والنظام القانونى الأساسى الذى يستمد منه العقد القوة الملزمة مؤكدا على أن النظام القانونى الذى يستمد منه العقد قوته الملزمة هو القانون الدولى ذاته، بينما القانون الذى يحكم العقد هو النظام القانونى الذى نص عليه الأطراف فى المادة (٢٨)(٢).

وقدر المحكم أن عقود الامتياز محل النزاع تقع فى إطار القانون

---

(١) انظر الحكم فى: Clunet, 1977, P. 350. وانظر ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ١٢٦ ومابعدها، ص ٥٤٣ ومابعدها.

(٢) انظر الحكم: Clunet 1977, P. 353, N° 23

(٢) انظر الحكم: Clunet 1977, P. 353, N° 25 - 26.

الدولي. وأن هذا الأخير يعطى لأطرافها الحق فى اختيار القانون الذى يحكم علاقاتهم التعاقدية(١). وقد استند المحكم فى تدويله لهذه العقود إلى ما يلى:

١ - من المسلم به أن الإشارة التى تضمنها العقد، فى الشرط المتعلق بالقانون واجب التطبيق، إلى المبادىء العامة للقانون تؤدى إلى هذه النتيجة. فهذه المبادىء تعتبر أحد مصادر القانون الدولى، وقد يتفق الأطراف على تطبيقها وحدها أو بالاشتراك مع قانون وطنى وخصوصا قانون الدولة المتعاقدة. وفى النزاع الحالى، فإن المبادىء العامة للقانون يتم اللجوء إليها - بمقتضى شرط القانون واجب التطبيق - فى حالة غياب المبادىء المشتركة فى القانون الليبى والقانون الدولى. ولكن يجب أن نلاحظ أن اصطلاح «مبادىء القانون الدولى» لها مضمون أوسع من اصطلاح «المبادىء العامة للقانون»، فهذه الأخيرة تساهم مع عناصر أخرى (العرف الدولى والممارسة العملية كما هى مستقرة فى قانون الشعوب) فى تشكيل ما يسمى «بمبادىء القانون الدولى». ولما كانت مبادىء القانون الدولى هى أساس تطبيق القانون الليبى ما دام أن هذا الأخير يكون واجب التطبيق فقط عندما يكون متطابقا معها، فإن الإشارة الواردة فى شرط القانون واجب التطبيق إلى مبادىء القانون الدولى بصفة رئيسية والمبادىء العامة للقانون بصفة احتياطية يجب أن يكون من شأنها تطبيق القانون الدولى على العلاقات القانونية المبرمة بين الأطراف(٢).

وفى سبيل تدعيم رأيه هذا، أشار المحكم إلى أن هناك العديد من

---

(١) انظر الحكم: Clunet 1977, P. 357, N° 35. إذ يذكر المحكم أن:
«Les contrats de concession se situent dans le domaine du droit international et que celui - ci leur donnait le droit de choisir la loi qui allait régir leurs relations contractulles».

(٢) انظر: Clunet 1977, P. 358, N° 40 - 41.

العقود المماثلة قد تضمنت النص على المبادىء العامة للقانون(١). وأن قضاء التحكيم الدولى قد أكد على أن الإشارة إلى المبادىء العامة للقانون تعد دائما معيارا كافيا لتدويل العقد(٢). وأن اللجوء إلى المبادىء العامة للقانون لا يتم فقط عندما يكون القانون الداخلى للدولة المتعاقدة غير ملائم فى مجال البترول. فالقانون الإيرانى، على سبيل المثال، يعد ملائما لامتيازات البترول ومع ذلك فإن العقود المبرمة بواسطة إيران تشير غالبا إلى المبادىء العامة. ومن ثم فإن اللجوء إلى المبادىء العامة لا يفسر فقط بعدم وجود تشريع مناسب adéquate فى الدول المعنية، وإنما يفسر بضرورة حماية المتعاقد الخاص الأجنبى ضد التعديلات التى تدخلها الدولة المتعاقدة على تشريعاتها بإرادتها المنفردة. وبالتالى فإن اللجوء إلى المبادىء العامة يلعب دورا هاما فى تحقيق التوازن التعاقدى بين الأطراف(٣).

وقد ذهب المحكم إلى أن التطور الذى حدث بالاتجاه نحو تدويل هذه العقود كان أمرا متوقعا. فالمحكمة الدائمة للعدل الدولى قد ذهبت فى قضائها فى قضية القروض الصربية والبرازيلية، وهى بصدد البحث عن المعايير التى يتم الاستعانة بها لتحديد القانون واجب التطبيق، إلى أن «المحكمة المطروح عليها نزاعا يثير مسألة معرفة القانون الذى يحكم الالتزامات التعاقدية لا يمكنها تحديد هذا القانون إلا بالاسترشاد بطبيعة هذه الالتزامات والظروف التى صاحبت نشأتها وكذلك أيضا إرادة الأطراف

---

(١) وقد ذكر المحكم على وجه الخصوص: العقد المبرم بين إيران وشركة أجيب فى ٢٤ أغسطس لسنة ١٩٥٨ (م ٤٠)، والعقد المبرم بين إيران ومجموعات الشركات المكونة للكونسرتيوم فى ١٩ سبتمبر لسنة ١٩٥٤ (م ٤٦)، والعقد المبرم بين الكويت وشركة شل فى ١٥ يناير ١٩٦١ (م ٣٥). والعقد المبرم بين جمهورية مصر العربية وشركة بان أمريكان فى ٢٣ أكتوبر لسنة ١٩٦٣ (م ٤٢).

(٢) وقد ذكر المحكم فى هذا الصدد: الحكم الصادر فى قضية لينا جولد فيلد ضد روسيا فى عام ١٩٣٠، والحكم الصادر فى قضية أبى ظبى ضد شركة البترول المحدودة سنة ١٩٥١، والحكم الصادر فى قضية قطر ضد الشركة البحرية الدولية للبترول سنة ١٩٥٣، والحكم الصادر فى قضية سافير الدولية ضد شركة نيوك الإيرانية سنة ١٩٦٣.

(٣) راجع الحكم: Ibid. P. 359 N° 42

الصريحة أو الضمنية». إن هذه المعايير الثلاثة المعلنة من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولى والمستمدة من طبيعة الالتزامات وظروف إنشائها وإرادة الأطراف تلتقى فى القضية الحالية من أجل عكس القرينة التى سبق وقررتها فى قضية القروض الصربية(١).

٢ - إن إدراج شرط فى العقد ينص على أن المنازعات المحتملة التى يمكن أن تثور بمناسبة تفسير وتنفيذ العقد تكون خاضعة للتحكيم يؤدى إلى تدويل العقد. فمثل هذا الشرط له مدلول مزدوج: فمن ناحية يكون التحكيم خاضعا للقانون الدولى. ومن ناحية أخرى، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن إدراج شرط التحكيم يحتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولى. فمن غير المتنازع فيه أن اللجوء إلى التحكيم الدولى يكفى لتدويل العقد، أى لوضعه فى إطار نظام قانونى خاص، هو القانون الدولى للعقود(٢).

٣ - إن العقود موضوع النزاع تنتمى إلى طائفة جديدة من العقود وهى العقود المسماة باتفاقيات التنمية الاقتصادية accords de développement économique، والتى تتميز بالعديد من الخصائص منها أن موضوع هذه العقود يعد على جانب كبير من الأهمية. حيث تحمل إلى الدول النامية استثمارات ضخمة ومساعدات فنية تعمل على تنمية الدولة التى تنفذ فيها، بحيث يعد الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة شريكا فى تحقيق التقدم الاقتصادى والاجتماعى فى الدول المضيفة. كما تتميز هذه العقود بطول مدتها وهو ما يقتضى التعاون الوثيق بين الدولة والمتعاقد معها.

وبالنظر إلى أهمية هذه العقود من حيث موضوعها والدور الذى يجب على الشريك الخاص أن يؤديه، يجب تحقيق نوع من التوازن بين المصلحة العامة للدولة المتعاقدة والعائد المادى la rentabilité اللازم

---

(١) انظر الحكم: Ibid, P. 359, N° 43.

(٢) انظر الحكم: Ibid, PP. 359 - 360, N° 44.

للشركة الخاصة لكى تتابع تنفيذ المهمة الموكولة إليها. كما يجب أيضا تحقيق نوع من الثبات للعلاقة التعاقدية. فالمستثمر الأجنبى يجب حمايته ضد المخاطر التشريعية les aléas législatifs، أى ضد المخاطر الناجمة عن التعديل فى التشريع الوطنى للدولة المضيفة أو الإجراءات الحكومية والتى تستهدف نقض dénonciation أو فسخ العقد. ومن هنا يأتى إدراج، كما هو فى القضية الحالية، الشروط المسماة بشروط الثبات والتى تهدف إلى استبعاد العقد كلية أو جزء منه عن القانون الوطنى وإخضاعه إما لقواعد قانونية خاصة sui generis أو للقانون الدولى(١).

وأخيرا فقد حدد المحكم المقصود بتدويل العقود محل النزاع مبينا أن القول بأن القانون الدولى هو الذى يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدولة والشخص الخاص الأجنبى لا يعنى مطلقا أن الشخص الخاص قد أصبح مشبها بالدولة ولا يعنى أن العقد المبرم بينهما قد أصبح مشبها بالمعاهدة. ومع ذلك، اعترف المحكم للمتعاقد الخاص بشخصية دولية محدودة مفسرا ذلك بقوله أن القانون الدولى يضم أشخاصا متنوعة. وإذا كانت الدول هى الأشخاص الطبيعية فى النظام القانونى الدولى، وتحوز كل الصلاحيات les capacités التى قررها لها. فإن الأشخاص الأخرى لا تتمتع إلا بصلاحيات محدودة، مخصصة لأغراض معينة. ويتطابق هذا الاقتراح المتقدم مع ما قررته محكمة العدل الدولية فى رأيها الإستشارى الصادر فى أبريل سنة ١٩٤٩ من أن «أشخاص القانون، فى نظام قانونى معين، ليسوا متماثلين identiques من حيث طبيعة أو نطاق حقوقهم، وتتوقف طبيعتها على حاجات الجماعة».

وفى ضوء ذلك، فإن القول بأن العقد المبرم بين دولة وشخص خاص يقع فى إطار النظام القانونى الدولى يعنى أنه، لأجل تفسير وتنفيذ العقد، من المناسب الاعتراف للمتعاقد الخاص بصلاحيات دولية خاصة. ولكن، وعلى خلاف الدولة، فإن الشخص الخاص ليس له سوى أهلية

(١) انظر الحكم: Ibid. P. 360, N° 45.

محدودة une capacité limitée، وكونه من أشخاص القانون الدولى لا يسمح له إلا بالتمسك فى مجال القانون الدولى بالحقوق التى يستمدها من العقد(١).

ويمكن توجيه النقد لهذا الحكم من عدة نواحي وذلك على النحو التالى:

١ - ان المحكم قد استند إلى التفرقة بين النظام القانونى الأساسى والقانون واجب التطبيق على العقد، وهى تفرقة منتقدة على نحو ما سبق أن رأينا(٢).

٢ - ان المحكم قد استند فى تدويل العقود محل النزاع على مجرد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، وهو أمر متنازع فيه على نحو ما رأينا عند عرض حكم تحكيم سافير(٣). ويبدو أن المحكم كان مرتبكا للغاية حيث أنه قد نقض هذا الأساس فيما بعد مقررا أن مجرد اختيار الأطراف لنظام التحكيم الدولى لا يترتب عليه بالضرورة التطبيق المقصور للقانون الدولى(٤).

٣ - ان المحكم قد أخطأ فى تفسير حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولى الصادر فى عام ١٩٢٩ فى قضيتى القروض الصربية والبرازيلية والذى قضت فيه بأن كل عقد ليس مبرما بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولى يجد أساسه فى القانون الوطنى لدولة ما، وأن مسألة معرفة هذا القانون تعد جزءا من القانون المعروف اليوم باسم القانون الدولى الخاص أو نظرية تنازع القوانين. وان هذه القواعد قد تكون مشتركة فى عدة دول

---

(١) راجع الحكم: Ibid, P. 361, N° 46 - 47.

(٢) انظر: ما سبق، ص ٦٤٧ ومابعدها.

(٣) انظر: ما سبق، ص ٧٠٩، ص ٧١٠.

(٤) انظر:

STERNE (B.), Trois Arbitrages ..., Op. Cit., PP. 22 - 24.

وأيضا: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٩٤.

أو منشأة بموجب الاتفاقيات الدولية أو العرف. وفى هذه الحالة يمكن وصف هذه القواعد بأنها قانون دولى حقيقى. حيث استخلص المحكم من ذلك أن المحكمة الدولية قد أكدت على أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية يمكن أن تخضع لقانون ذى طابع دولى حقيقى.

هذا فى حين أن المحكمة الدولية قد تمسكت بضرورة إخضاع العقد لنظام قانونى داخلى. أما القواعد التى تشير إليها والتى يمكنها أن تشكل قانونا دوليا حقيقيا فهى قواعد تنازع القوانين(١).

٤ - ان الحكم قد تضمن العديد من التناقضات، فمن ناحية، لقد أكد على أنه من غير المتنازع فيه أن العقود محل النزاع تعد عقودا دولية، سواء بالتطبيق للمعيار الاقتصادى حيث أنها تتعلق بمصالح التجارة الدولية أو بالتطبيق للمعيار القانونى حيث أنها تشتمل على ضوابط إسناد تتصل بأكثر من دولة(٢). على الرغم من أنه أكد فيما بعد أن العقود محل النزاع تعتبر تصرفات قانونية دولية وبالتالى تدخل فى إطار القانون الدولى العام. وشتان الفارق بين الأمرين، العقود الدولية طبقا للمعيار الاقتصادى أو القانونى على النحو المتعارف عليه فى القانون الدولى الخاص، والعقود الدولية باعتبارها تصرفات قانونية دولية تدخل فى اطار القانون الدولى.

ومن ناحية أخرى، ان المحكم قد استند على مبدأ سلطان الإرادة المقرر فى القانون الدولى الخاص، واستند فى نفس الوقت على القانون الدولى العام، فى تبرير اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق.

٥ - ان اعتراف المحكم للأشخاص الخاصة بشخصية دولية محدودة قد تعرض للنقد الشديد من عدة نواحى. فمن ناحية تثير تلك الفكرة العديد من التساؤلات، ويثور التساؤل فى المقام الأول عن مصدر هذه

---

(١) انظر فى نفس المعنى:
RIGAUX (F.), Des dieux et ..., Op. Cit., P. 447, N° 15;
STERNE (B.), trois Arbitrages ..., Op. Cit., P. 21.

(٢) انظر الحكم:
Clunet, P. 352, N° 22.

الشخصية وما إذا كان العقد نفسه، أى الإرادة المتطابقة للأطراف. أم أن الدولة ذاتها هى التى تجيز للشخص الخاص المتعاقد معها بأن يدخل فى دائرة أشخاص القانون الدولى؟

إن القول بأن مصدر هذه الشخصية العقد نفسه يعنى من جهة أن للشخص الخاص السلطة فى أن يعترف لنفسه بأنه من أشخاص القانون الدولى طالما أن إبرام العقد - مصدر هذه الشخصية - يصدر عن إرادته(١). كما يعنى من جهة أخرى الاعتراف بالطابع اللاحق لهذه الشخصية على إبرام العقد، وأن العقد سابق فى وجوده على تمتع الشخص الخاص الذى ابرمه بالشخصية الدولية وهو الذى منحه اياها. ومن هنا يثور التساؤل هل يمكن أن يستند تدويل العقد على أمر لاحق على ابرامه؟ إن العقد يجب أن يتأسس تدويله على أنه أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الدولى(٢).

وإذا كان من غير الممكن القول بأن مصدر هذه الشخصية العقد نفسه، فهل يمكن القول بأن مصدرها الدولة ذاتها؟ لا يمكن الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، وذلك لأن صفة الشخص القانونى الدولى مسألة تهم المجتمع الدولى بأسره، ولا يمكن لدولة ما أن تمنح هذه الصفة للشخص العام. إن منح هذه الصفة يتم بواسطة القانون الدولى وحده، ولا توجد فى القانون الدولى أية قاعدة تجيز للدول أن تنشىء بإرادتها المنفردة أشخاصا قانونية دولية جديدة(٣). وحتى على فرض أن القانون الدولى يمنح الدولة سلطة إضفاء الشخصية الدولية على الشخص الخاص المتعاقد معها، فإن التساؤل يثور عما إذا كان القانون الدولى يحظر على الدولة سحب اعترافها بالشخصية الدولية التى سبق وأن أضفتها على هذا الشخص(٤). أم أنه يجيز لها ذلك؟ إن قبول اعتراف الدولة بالشخصية الدولية للمتعاقد معها يقابله

---

(١) انظر: RIGAUX (F.), Des dieux et ..., Op. Cit., P. 445

(٢) انظر: BERLIN (D.), Op. Cit., P. 285.

(٣) انظر: HASSAN (A.W.M.), Op. Cit., PP. 74 - 75.

(٤) انظر: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٥٦.

بالضرورة قبول سحب الدولة لاعترافها بالشخصية الدولية التى سبق أن أضفتها على الطرف المتعاقد معها(١). وإذا كان الأمر كذلك، فما هى الفائدة من الاعتراف للشخص الخاص بنظام يمكن للدولة أن تهدمه بنفس السرعة التى أنشأته فيها(٢).

كما يثور التساؤل عن مصدر هذه الشخصية فى الفرض الذى تتولى فيه المؤسسات العامة - كما هو الحال فى الجزائر وإيران - إبرام هذه العقود مع الأشخاص الخاصة الأجنبية فهل يمكن القول فى هذا الفرض بأن هذه المؤسسات تملك سلطة منح الشخصية الدولية للأشخاص المتعاقدة معها؟(٣).

ومن ناحية أخرى، فإن الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للاعتراف له بالشخصية الدولية. حيث يشترط للاعتراف لوحدة ما بالشخصية الدولية وجوب توافر العنصرين التاليين:

أ - أن تتمتع الوحدة بالأهلية القانونية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات الدولية، أى أن تكون من المخاطبين باحكام القانون الدولى.

ب - أن يكون لدى الوحدة القدرة على إنشاء قواعد القانون الدولى بالتراضى مع غيرها من الوحدات المماثلة. وهذا العنصر يتميز به شخص القانون الدولى عن شخص القانون الداخلى(٤).

كما أن قبول اعتبار الشخص الخاص من أشخاص القانون الدولى يفتح العلاقات الدولية أمام تجمعات يعد الربح هو هدفها النهائى. هذا بالإضافة إلى أن الاعتراف للشخص الخاص بصفته من أشخاص القانون الدولى معناه أن من حقه اللجوء مباشرة إلى القضاء الدولى، والدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد، وذلك استقلالا عن تحمل الدولة التابع لها لدعواه(٥).

---

(١) انظر: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٦٩٥.

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op., Cit., P. 113, N° 83.

(٣) انظر فى نفس المعنى، د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٨٥٦.

(٤) راجع فى ذلك: د. محمد طلعت الغنيمى، الوسيط فى قانون السلام ....، المرجع السابق، ص ٨٥٦، وأيضا د. أحمد رفعت، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٥) انظر: VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., PP. 96-97.

ولا يجوز الاحتجاج فى هذا الصدد بالرأى الاستشارى لمحكمة العدل الدولية الصادر فى ١١ أبريل لسنة ١٩٤٩(١). والذى اعترف صراحة للأمم المتحدة بالشخصية الدولية. وذلك لأن هذا الرأى كان خاصا بالمنظمات الدولية وشتان الفارق بينها وبين الأشخاص الخاصة. فالمنظمة الدولية عبارة عن تكتل عدة دول منشأة بموجب اتفاقية دولية. وينفذ أهداف مشتركة لأعضائه. ويعبر بواسطة الأعضاء عن إرادة مستقلة ومتميزة عن الدول التى أنشأته. كما أن شخصية المنظمة الدولية ليست محل منازعة فى الوقت الحاضر(٢).

الخلاصة: أن الشخصية الدولية المحدودة والتى ينادى بها أنصار تدويل هذه العقود وإخضاعها للقانون الدولى العام. ماهى إلا اسطورة من أساطير قانون الشعوب(٣).

---

(١) صدر هذا الرأى بناء على طلب الجمعية العامة للأمم المتحدة بمناسبة مقتل مبعوث الأمم المتحدة فى فلسطين عام ١٩٤٨ أثناء قيامه بالوساطة بين الفلسطينيين والعصابات الصهيونية. فثار التساؤل عن مدى أهلية الأمم المتحدة فى تحريك دعوى المسئولية الدولية عند إصابة أحد العاملين بها بأضرار أثناء تأدية واجبات وظيفته فى خدمة الأمم المتحدة. وقد انتهت المحكمة إلى تأكيد أن الدول ليست وحدها هى التى تتصف بوصف الشخصية الدولية بل إن هناك اشخاصا قانونية أخرى غير الدول تتمتع بهذا الوصف. وبناء على هذا الرأى، بدأ الفقه الدولى فى قياس وضع الأمم المتحدة القانونى بباقى المنظمات الدولية، واستخلص أن المنظمات الدولية عموما تتصف بوصف الشخص القانونى الدولى. غير أن المحكمة أكدت أن المنظمة الدولية لا تتمتع بالشخصية الدولية إلا بالقدر اللازم لتحقيق اهدافها فهى شخصية غير متساوية مع شخصية الدولة، وإنما هى شخصية وظيفية تنحصر فى الأهداف والاختصاصات التى أقرتها الدول فى ميثاق انشائها. راجع فى ذلك: د. أحمد رفعت، المرجع السابق، ص ١٧٦.

(٢) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 129, N° 104.

(٣) انظر:

VERHOEVEN (J.), Droit international des contrats ..., Op. Cit., P. 220.

حيث يذكر أن:

«A vrai dire, La personnalité limitée est l'un des mythes de la doctrine du droit des gens, qui fleurit régulièrement pour offrir des explications qui n'en ont à l'ordinaire pas besoin».

٦ - وأخيرا، يجب أن نلاحظ من ناحية أن المحكم كان لديه النية منذ البداية فى استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، أى القانون الليبى، وذلك عندما بدأ بالتأكيد على أن «القيمة القانونية، والقوة الملزمة لعقود الامتياز محل النزاع يجب أن تقدر طبقا للقانون واجب التطبيق عليها، وأنه لو فرض أن هذه العقود يجب أن تكون محكومة بالقانون الليبى، فإن قوتها الملزمة يمكن المساس بها بواسطة الإجراءات التشريعية والتنظيمية فى النظام القانونى الليبى»(١). ومن ناحية أخرى، فإن المحكم قد استهدف من وراء ذلك كله حماية مصالح الشركات المتعاقدة - على نحو ما فعل الأستاذ Cavin فى قضية سافير - وهو ما أفصح عنه صراحة على نحو ما رأينا.

سابعا: حكم التحكيم الصادر فى قضية ليامكو ضد الحكومة الليبية عام ١٩٧٧(٢):

لقد بدأ المحكم فى هذا الحكم بالتأكيد على أن الأنظمة القانونية لكل من الطرفين غالبا ما تكون غير متشابهة، ومن ثم مالم يوجد اتفاق صريح من قبل الأطراف - سواء فى العقد الأصلى أو فى مستند لاحق - فإنه من غير العادل الاستناد على أى من النظامين واستبعاد الآخر. لأن فى ذلك ما يخالف مبدأ المساواة بين الأطراف. فضلا عن ذلك فإن كلا من النظامين القانونيين أو أحدهما قد يكون غامضا Vague أو غير كاف بالنسبة للعديد من المسائل المتعلقة بالامتياز.

وبناء على ذلك، قرر المحكم أنه عندما يكون أحد أطراف النزاع أجنبيا، فإن على المحكمة المعروض عليها النزاع أن تسترشد بالمبادىء العامة المنظمة لتنازع القوانين فى القانون الدولى الخاص. وطبقا لهذه المبادىء، فإن القانون واجب التطبيق على عقد ما هو القانون المختار بواسطة

---

(١) راجع الحكم: Clunet 1977, P. 352, N° 22.

(٢) انظر أجزاء من التحكم منشورة فى:

Rev. Arb., 1980, P. 116, Spéc. P. 137 etSS.

وراجع ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ١٢١ ومابعدها، ص ٥٤٦ ومابعدها.

الأطراف صراحة أو ضمنا. وإعمالا لمبدأ استقلال الإرادة المعترف به لحل تنازع القوانين في العقود بصفة عامة، تضمنت عقود الامتياز محل النزاع نصا صريحا يعبر عن رغبة الأطراف فيما يتعلق بالقانون الذي يجب أن يخضع له العقد.

فقد نصت المادة (٧/٢٨) من عقود الامتياز المبرمة بين الحكومة الليبية وشركة ليامكو على أنه «يكون هذا العقد محكوما ومفسرا طبقا لمبادىء القانون الليبي المشتركة مع مبادىء القانون الدولي. وفي حالة عدم وجود مبادىء مشتركة، يكون العقد محكوما ومفسرا بالمبادىء العامة للقانون، بما في ذلك المبادىء التي طبقتها المحاكم الدولية»(١).

بعد ذلك، قام المحكم بالتدليل على صحة هذه الشروط، في القانون الدولي والقانون الليبي وذلك بقوله إن صحة الشروط المنصبة على اختيار القانون واجب التطبيق كان معترفا بها من قبل الفقه والقضاء الدوليين. كما أن القانون العام الليبي قد أجاز صراحة هذه الشروط، وذلك في البند (٧/٢٨) من الملحق الثاني المرفق بالقوانين الصادرة بشأن البترول عامي ١٩٥٥، ١٩٦٥. كما أجازها أيضا القانون المدني الليبي والذي أكد في المادة ١٤٧ منه على الطابع الآمر للشروط التعاقدية بما في ذلك الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق. هذا بالإضافة إلى المادة (١٩) من هذا القانون والتي نصت صراحة على حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد. ثم انتهى المحكم إلى القول بأنه: «من المبادىء المسلم بها عالميا في القانون الداخلي والدولي على حد سواء أن لأطراف العقد ذي الطابع المختلط - عام وخاص في آن واحد - الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم»(٢).

ثم انتقل المحكم بعد ذلك إلى بيان القانون واجب التطبيق على عقود الامتياز محل النزاع والمنصوص عليه في المادة (٧/٢٨) السالفة

---

(١) راجع الحكم: Rev. Arb., 1980, P. 137.

(٢) انظر: Ibid, PP. 138 - 139.

الذكر. وقرر أن القانون الرئيسى واجب التطبيق على العقد هو القانون الليبى. ولكن مع مراعاة أن هذا القانون لا يطبق منه إلا المبادىء القانونية المتماثلة مع مبادىء القانون الدولى. ومن ثم فإن من شأن القانون الدولى استبعاد أى جزء من القانون الليبى لا يتفق مع مبادىء القانون الدولى(١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن المحكم قد أكد على أن القانون الليبى عموما والقانون الإسلامى بصفة خاصة يشتملان على قواعد ومبادىء مشتركة مع القانون الدولى. كما أكد أيضا على أن المبادىء العامة للقانون والتى تعد القانون الاحتياطى للعقد، غالبا ما تكون مندمجة incorporés فى غالبية الأنظمة القانونية، وخصوصا فى التشريع الليبى بما فى ذلك قوانينه الحديثة والقانون الإسلامى(٢).

ويمكننا أن نبدى على هذا الحكم الملحوظتين التاليتين:

١ - إن الإستناد إلى مبدأ المساواة بين الأطراف لإستبعاد اللجوء إلى الأنظمة القانونية للأطراف المتعاقدة أمر من الصعب قبوله. حيث لا يبدو لنا أن فى الاستناد إلى أحد أنظمة القانون الدولى الخاص لأحد الأطراف أو فى تطبيق قانون هذا الطرف أو ذاك. ما يتضمن إهدارا لمبدأ المساواة بين الأطراف. والقول بغير ذلك يتضمن إهدارا لأنظمة القانون الدولى الخاص ذاتها. وذلك لأنه من المسلم به فى هذه الأنظمة أن المحكمة المعروض عليها النزاع تتولى تحديد القانون واجب التطبيق طبقا لنظام القانون الدولى الخاص فى الدولة التى تنتمى إليها. وهذا النظام غالبا ما يكون هو ذاته أحد الأنظمة القانونية لأحد طرفى النزاع. كما أن قواعد القانون الدولى الخاص غالبا ما تقضى بتطبيق قانون أحد الطرفين.

٢ - إن الإستناد إلى المبادىء العامة فى القانون الدولى الخاص لتبرير تطبيق أحكام القانون الدولى أو المبادىء العامة للقانون يعد أمرا غير مجديا. وذلك لأن قواعد التنازع فى القانون الدولى الخاص فى الدول

---

(١) انظر: Ibid, P. 139.

(٢) انظر Ibid, PP. 141 - 142.

المختلفة تستهدف حل التنازع بين القوانين الداخلية. ومن ثم فإن إعمالها يسفر حتما عن تطبيق أحد القوانين الوطنية. ولا يمكن بأى حال من الأحوال أن تعطى الاختصاص للقانون الدولى أو المبادىء العامة للقانون. ولعل هذه الحقيقة هى ما دفعت المحكم إلى اللجوء إلى القانون الدولى ذاته لتبرير صحة اختيار الأطراف للقانون الدولى والمبادىء العامة للقانون.

ثامنا: حكم التحكيم الصادر فى قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية(١):

فى هذا الحكم. بينت محكمة التحكيم عدم وجود أية مشكلة فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع. مؤكدة على أنه من غير المتنازع فيه أن القانون الكويتى ينطبق على العديد من المسائل التى يعد بالنسبة لها القانون الأكثر ارتباطا. ثم أوضحت أن القانون الكويتى يعد نظاما متطورا. حيث أن حكومة الكويت ذاتها قد أعلنت أن القانون الدولى العام يعد جزءا من القانون الكويتى. كما أن المبادىء العامة للقانون تعد بدورها جزءا من القانون الدولى العام. كما أشارت إلى أن تطبيق هذه المبادىء على عقود الامتياز البترولية ينبع فى الواقع من الشروط التعاقدية التى تتضمنها هذه العقود ذاتها. وذكرت المحكمة - على سبيل المثال - الاتفاق المبرم بين الأطراف عام ١٩٧٣ والذى تضمن نصا يقضى بأن يقيم الأطراف العلاقات الناشئة عن العقد على مبدأ حسن النية. ونظرا لاختلاف جنسية الأطراف. يرتب العقد آثاره. ويكون مفسرا ومطبقا وفقا للمبادىء المشتركة فى قانون دولة الكويت وقانون ولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية. وفى حالة غياب هذه المبادىء المشتركة. وفقا لمبادىء القانون المعترف بها عموما من قبل الدول المتمدينة. بما فى ذلك المبادىء التى طبقتها المحاكم الدولية. ثم انتهت المحكمة من ذلك إلى أن المبادىء العامة للقانون هى التى كانت حاضرة فى ذهن حكومة الكويت والشركات المتعاقدة معها(٢).

---

(١) راجع هذا الحكم فى: Clunet, 1982, P. 869, Spéc. P. 872 etSS.
وانظر ما سبق ذكره عن هذا الحكم، ص ١٢٧ ومابعدها، ص ٥٥٦.

(٢) انظر: Ibid, P. 872, N° et 8.

وقد أوضحت المحكمة أن هناك اعتبارا آخر قد سهل من مهمتها فى هذا الصدد، ألا وهو أن الأطراف قد بينوا فى اتفاق التحكيم القانون واجب التطبيق. فقد نصت المادة (٢/٢) من اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين فى ٢٢ يوليو عام ١٩٧٩ على أن «القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى محكمة التحكيم تحديده، على أن تراعى صفة الأطراف والطابع عبر الدولى لعلاقاتهم ومبادىء القانون والممارسات المتبعة فى العالم المعاصر».

فقد قررت المحكمة أن هذا النص يبين بوضوح أن الكويت دولة ذات سيادة، وهى الحارسة للمصالح العليا للجماعة الوطنية والتى يعد القانون عنصرا أساسيا فى العلاقات بين أفراد المجتمع داخل الدولة. كما أن هذا النص بإشارته إلى الطابع عبر الدولى يكون قد أبرز غنى La richesse وخصوبة la fécondité القواعد القانونية الواجب على المحكمة تطبيقها. وقد انتهت المحكمة إلى أنه على الرغم من تعدد مصادر القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع إلا أنه لا يوجد تناقض فيما بينها. فمن ناحية فإن القانون الدولى يعتبر جزءا لا يتجزأ من القانون الكويتى، ومن ناحية أخرى، فإن المبادىء العامة للقانون تعترف بحقوق الدولة بوصفها راعية للمصالح العليا للمجتمع(١).

خلاصة:

يتضح مما تقدم عدم وجود اتجاه قضائى ثابت ومستقر بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود البترول. حيث أن البعض من أحكام التحكيم (الأحكام الصادرة فى قضايا: أبى ظبى، وقطر، وسافير) استبعد القوانين الوطنية واجبة التطبيق لصالح مجموعة من المبادى وصفت بشكل أو بآخر أنها تعتبر مبادىء عامة. وبالتالى تم إعمال هذه المبادىء بدلا من قانون قطر، وقانون أبى ظبى، والقانون الإيرانى.

كما أن البعض الآخر (حكم تحكيم ارامكو) قرر تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة والمبادىء العامة للقانون وأحكام القانون الدولى.

---

(١) انظر: Ibid. P. 873. N° 9 et 10.

وفيما يتعلق بالأحكام الصادرة فى قضايا البرتش بتروليم، وليامكو، وتكساكو ضد الحكومة الليبية، فإنه على الرغم من صدور هذه الأحكام بصدد عقود متماثلة، وعلى الرغم من تماثل الشروط التى تضمنتها العقود محل النزاع بشأن تحديد القانون واجب التطبيق، إلا أنها قد اختلفت فيما بينها.

فالمحكم Lagergren - فى قضية .B.P - قد استمد سلطته فى تحديد قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى، وبناء على ذلك اختار المحكم قانون الدنمارك والذى يتميز - من وجهة نظره - بأنه يعطى للأطراف حرية كبيرة فى اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، مما يسمح بقبول النص الذى يشير إلى تطبيق عدة قوانين فى آن واحد.

هذا فى حين أن المحكم محمصانى - فى قضية ليامكو - ذهب إلى أن إعمال النظام القانونى الوطنى لأحد الطرفين يمثل خرقا لمبدأ المساواة فيما بينهما، ومن ثم لجأ المحكم إلى المبادىء العامة فى القانون الدولى الخاص.

كما اختلف المحكمون فى تفسير الشروط المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على الرغم من تماثلها، فقد ذهب المحكم - فى قضية ليامكو - إلى اعتبار أن القانون الليبى هو القانون واجب التطبيق بصفة رئيسية، هذا إلى جانب وجود إشارات عديدة إلى القانون الإسلامى. كما أكد أيضا على أن القانون الليبى بصفة عامة والقانون الإسلامى بصفة خاصة يشتملان على قواعد ومبادىء مشتركة مع القانون الدولى. هذا فى حين أن المحكم - فى قضية .B.P - قد قرر أن شرط القانون واجب التطبيق يستبعد تطبيق القانون الليبى وحده، والقانون الدولى وحده، كما أنه انتهى إلى عدم وجود مبادىء مشتركة بين كل من هذين النظامين القانونيين، ولجأ بالتالى إلى تطبيق المبادىء العامة للقانون.

وعلى خلاف كل من حكم تحكيم .B.P، وحكم تحكيم ليامكو، فإن حكم تحكيم تكساكو قدر أن عقود الامتياز محل النزاع تعتبر تصرفات

قانونية دولية تخضع مباشرة للقانون الدولى. ومن أجل تبرير هذه النتيجة، قدر المحكم أنه من الضرورى التمييز بين النظام القانونى الأساسى الذى يستمد منه العقد قوته الملزمة وهو القانون الدولى، والقانون الذى يحكم العقد وهو النظام القانونى المركب الذى نص عليه الأطراف. وقد اهتم المحكم بالتدليل على أن القانون الدولى يمكنه أن يعد أساسا للعقد وأيضا لمبدأ استقلال الإرادة.

وأخيرا، فإن حكم تحكيم أمنويل قد جاء مخالفا لكل الأحكام السابق بيانها، إذ أنه قرر تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، أى القانون الكويتى. ثم طبق القانون الدولى - وكذلك المبادىء العامة للقانون - باعتباره جزءا من القانون الكويتى. وقد ذهب بعض الفقهاء[١] - تعليقا على هذا الحكم - إلى القول بأن هذا المسلك الذى اتبعه الحكم يفسر اشمئزاز المحكمين من النظر إلى العقد المبرم بين الدولة والشخص الخاص على أنه تصرف قانونى دولى.

نخلص مما تقدم إلى أن موقف أحكام التحكيم لم يكن واضحا، ولا موحدا، ولذلك نجد أن هذه الأحكام يتمسك بها أنصار تطبيق القانون الدولى، كما يتمسك بها القائلون بوجود نظام قانونى ثالث سواء القائلون بتطبيق المبادىء العامة للقانون أو قانون عبر الدول أو قانون التجارة الدولية[٢].

---

(١) انظر: BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 105, N° 76.

(٢) انظر فى نفس المعنى:

BETTEMS (D.), Op. Cit., P. 95 etSS. Spéc. P. 106.

وأيضا:

WEIL (P.), Problèmes relatifs ..., Op. Cit., P. 164 etSS; Vergopoulos - Michaïl (A.), Op. Cit., PP. 103 - 104.

وأيضا: د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٧٢٧، وخصوصا ص ٧٢٨.

المطلب الثانى

الممارسة التعاقدية

على الرغم من تنوع واختلاف الشروط التى تضمنتها عقود البترول بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، بيد أنه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى عدة طوائف، وذلك على النحو التالى:

أولا - الشروط التى تنص على تطبيق المبادىء العامة للقانون باعتبارها القانون الذى يحكم العقد:

نصت بعض عقود البترول على اللجوء إلى المبادىء العامة للقانون باعتبارها القانون الذى يحكم العقد. من ذلك يمكن أن نذكر العقد المبرم بين إيران والشركة الأنجلو إيرانية والذى نص فى المادة (٢٢) منه على أن «يؤسس الحكم على المبادىء القانونية التى تضمنتها المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية الدائمة ...»(١). كذلك الأمر بالنسبة للعقد المبرم بين قطر وشركة نفط قطر عام ١٩٢٥، فقد نصت المادة (١٦) منه المتعلقة بشرط التحكيم على أن «تفصل محكمة التحكيم وفقا للمبادىء العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتحضرة ...»(٢). كما تضمن الاتفاق المبرم بين الطرفين فى ٢١ ديسمبر عام ١٩٦٤ - والمعدل للعقد المذكور أعلاه - نصا مماثلا فى المادة (١٩) منه(٣). كذلك الأمر بالنسبة للعقد المبرم بين أبى ظبى وشركة Mitsubischi فى ١٤ مايو عام ١٩٦٨، حيث نص على أن «يكون لهذا الاتفاق قوة القانون، ويرتب آثاره ويفسر ويطبق وفقا لمبادىء القانون المعترف بها طبيعيا من الدول المتحضرة، بما فى ذلك المبادىء التى سبق وأن طبقتها المحاكم الدولية»(٤).

---

(١) انظر فى هذا النص:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 91 - 92.

(٢) راجع فى هذا النص: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ٧٢٧.

(٣) راجع فى هذا النص:

EL - KOSHERI (A.S.), Le régime juridique ..., Op. Cit., P. 300.

(٤) راجع فى هذا النص:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 84.

وقد ثار خلاف فى الفقه بشأن مدلول النص فى العقد على تطبيق المبادىء العامة للقانون.

فقد ذهب رأى(١) إلى أن النص على تطبيق المبادىء العامة للقانون يعد إشارة صريحة على إخضاع العقد للقانون الدولى. وذهب رأى ثان(٢) إلى القول بإخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة والمنصوص عليها فى المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية باعتبارها كذلك، أى باعتبارها نظاما قانونيا مستقلا.

وذهب رأى ثالث(٣) إلى القول بأن المبادىء العامة للقانون ليست فقط من مصادر القانون الدولى العام، كما نصت على ذلك المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية، بل تعتبر أيضا المصدر الرئيسى لقانون عبر الدول.

وذهب رأى رابع(٤) إلى أن المبادىء العامة للقانون بالمعنى الوارد فى المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية تندرج ضمن قانون التجارة الدولية وتعد أحد العناصر المكونة له.

وذهب رأى خامس(٥) إلى التفرقة بين حالتين: الحالة التى تكون فيها الإشارة إلى المبادىء العامة للقانون مصحوبة ببيان واضح بالقدر الكافى فيما يتعلق بالنظام القانونى واجب التطبيق، والحالة التى يشير فيها الأطراف للمبادىء العامة للقانون وحدها.

وفى الحالة الأولى، فإن المبادىء العامة للقانون التى تنطبق هى تلك التى يتضمنها النظام القانونى واجب التطبيق.

---

(١) انظر: MANN (F.A.), Op. Cit., P. 51.

(٢) سبق التعرض لهذا الرأى بالتفصيل، راجع ص ٦٧٢ ومابعدها.

(٣) سبق أن عرضنا لهذا الرأى، راجع ما سبق ص ٦٦٨، ٦٦٩.

(٤) سبقت الإشارة إلى هذا الرأى، راجع ما سبق ص ٦٨٨، ٦٨٩.

(٥) انظر مع المزيد من التفاصيل:

WEIL (P.) Principes généraux ......, Op. Cit., P. 387, Spéc. P. 404 etSS.

وعلى هذا النحو يجب النظر إلى الشرط الذى يشير إلى المبادىء العامة للقانون كما تطبقها المحاكم الدولية أو المبادىء العامة للقانون المنصوص عليها فى المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية على أنه يعد إشارة إلى قواعد القانون الدولى والذى تعد المبادىء العامة للقانون أحد مصادره الرسمية.

وفى الحالة الثانية، وهى الحالة التى يشير فيها العقد إلى المبادىء العامة للقانون وحدها أو التى تكون فيها الإشارة إلى هذه المبادىء غير مصحوبة بأى بيان واضح فيما يتعلق بالنظام القانونى واجب التطبيق. فإن المحكم هو الذى يقع على عاتقه مهمة تحديد النظام القانونى الذى يجب أن تندرج فيه المبادىء العامة والذى يعطى لها وجهها الحقيقى.

ويرفض أصحاب هذا الرأى النظر إلى الإشارة التعاقدية إلى المبادىء العامة للقانون على أنها تدل بذاتها على أن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو إخضاع العقد لنظام قانونى ثالث أو أنها تعنى خضوع العقد لقواعد القانون الدولى على نحو ما فعل الأستاذ Dupuy فى قضية تكساكو. فقد أكد الأستاذ ديبوى وبدون تردد على أن الإشارة إلى المبادىء العامة للقانون تعد معيارا كافيا لتدويل العقد. إن هذا التفسير لا يمكن التسليم به، إذ أن الأطراف لو كانت لديهم نية اختيار المبادىء العامة للقانون كما ينص عليها ويطبقها القانون الدولى لكانوا قد اختاروا إحدى الصيغ المتعارف عليها فى الممارسة التعاقدية مثل اختيار المبادىء العامة المنصوص عليها فى المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية أو المبادىء العامة للقانون كما هى مطبقة بواسطة المحاكم الدولية. وبما أن الأطراف لم يختاروا أيا من هذه الصيغ المذكورة، وفضلوا مجرد الإشارة إلى المبادىء العامة للقانون بدون أى إيضاح آخر، فمن الجائز افتراض أن القانون الدولى لم يكن هو القانون الذى يقصده الأطراف أو فكروا فيه.

وذهب رأى أخير[١] إلى التفرقة بين نوعين من الشروط التى

---

(١) انظر مع المزيد من التفاصيل:

BERLIN (D.), Op. Cit., P. 230 etSS.

تشير إلى المبادىء العامة للقانون: الشروط التى تشير إلى المبادىء العامة للقانون صراحة وتهدف إلى توطين العقد خارج إطار القانون الوطنى. بحيث يمكن القول بأن هذه الشروط تعين القانون الدولى كقانون يحكم العقد. والشروط التى تشير إلى المبادىء العامة للقانون بصفة احتياطية. بحيث ينحصر دور هذه المبادىء - بالنسبة للأطراف - فى تفسير المصطلحات وتكملة النقوص. وليس فى تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد.

وإذا كان النوع الأول من الشروط يسمح بتدويل العقد. أى توطينه فى النظام القانونى الدولى. فإن النوع الثانى ينحصر دوره فى سلب الطابع الوطنى Dénationalisation أو عدم توطين Délocalisation العقد فى النظام القانونى الوطنى الذى يجب أن يخضع له.

وحول ما إذا كانت الإشارة إلى المبادىء العامة للقانون تكفى بذاتها فى عدم توطين العقد. أجاب أصحاب هذا الرأى بالقول بأن هذه الشروط لا تحول دون توطين العقد فى النظام القانونى الوطنى الذى يتصل به العقد فى كل عناصره. ويبدو أن هذه الشروط لا تفسر على أنها تعبير عن إرادة الأطراف فى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة بقدر ما تفسر على أنها تهدف إلى تفادى التجاوزات التى ترجع إلى التطبيق الصارم لهذا القانون. فالأمر يتعلق هنا بعنصر من عناصر الوقاية أو المظلة القانونية. وذلك فى الحدود التى يعبر فيها عن رغبة الأطراف فى الحصول أولا وقبل كل شىء على حل عادل للمنازعات التى قد تنشأ بينهم أكثر من الحصول على حل قانونى. وهنا تكمن الخطورة. إذ أن المحكم قد يستنبط من هذه الشروط وجود إرادة مفترضة للأطراف لصالح الإسناد إلى القانون الدولى أو يفصل فى النزاع بدون اللجوء إلى نظام قانونى معين.

وبالنظر إلى هذا الخلاف الفقهى. فإن النص على تطبيق المبادىء العامة للقانون يترتب عليه اختلاف فى الحلول حسب اعتناق المحكم لهذا الرأى أو ذاك.

على أية حال، فإنه باستثناء العقود المذكورة، لم تتضمن العقود الأخرى مثل هذا النص، وهو ما يوضح - على حد تعبير البعض(١) - الاتجاه السلبى للأطراف فى اختيار المبادىء العامة للقانون كنظام قانونى مستقل ليحكم هذه العقود.

ثانيا: الشروط التى تنص على تطبيق المبادىء المشتركة فى القانون الوطنى للدولة المتعاقدة والقانون الدولى العام بصفة رئيسية، والمبادىء العامة للقانون بصفة احتياطية:

ولقد نصت على هذا النوع من الشروط عقود البترول المبرمة بين الحكومة الليبية والشركات الأجنبية طبقا لقانون البترول الليبى الصادر عام ١٩٥٥ والمعدل بالقانون الصادر عام ١٩٦٥. ومن أهم هذه العقود يمكن أن نذكر العقود الثلاثة المبرمة مع كل من شركة البرتشن بتروليم، وشركة ليامكو، وشركتى تكساكو وكالازياتيك، والتى كانت محلا لأحكام التحكيم التى عرضنا لها فيما سبق. حيث كانت تنص المادة (٧/٢٨) من هذه العقود على أن «يكون الامتياز محكوما ومفسرا طبقا لمبادىء القانون الليبى المطابقة لمبادىء القانون الدولى. وفى حالة عدم وجود مبادىء مشتركة بينهما، يكون الامتياز محكوما ومفسرا طبقا للمبادىء العامة للقانون، بما فى ذلك المبادىء التى طبقتها المحاكم الدولية». وقد سبق أن رأينا - عند دراسة أحكام التحكيم - أنه على الرغم من تماثل هذه الشروط، بيد أن المحكمين قد اختلفوا فى تفسيرها.

ثالثا: الشروط التى تنص على تطبيق المبادىء المشتركة فى الأنظمة القانونية للأطراف المتعاقدة بصفة رئيسية، والمبادىء العامة للقانون بصفة احتياطية:

يعتبر العقد المبرم بين إيران والشركة الوطنية الإيرانية للبترول من ناحية والكونسرتيوم المكون من مجموع الشركات الأمريكية والانجليزية والفرنسية والهولندية من ناحية أخرى عام ١٩٥٤، أول عقد يتضمن مثل هذا النوع من الشروط. فقد نصت المادة (٤٦) منه على أنه «نظرا

---

(١) انظر: د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ص ٧٢٧، ٧٢٨.

لاختلاف جنسيات أطراف هذا العقد، فانه يجب أن يكون محكوما ومفسرا ومطبقا وفقا للمبادىء القانونية المشتركة فى إيران والدول المختلفة التى ينتمى إليها الأطراف الأخرى فى هذا العقد. وفى حالة عدم وجود مثل هذه المبادىء المشتركة، وفقا للمبادىء العامة للقانون المعترف بها من قبل الأمم المتمدينة، بما فى ذلك المبادىء التى طبقتها المحاكم الدولية»(١).

وكما لاحظ بعض الفقهاء(٢) - وبحق - فإن إعمال هذا النص سيقتضى من محكمة التحكيم البحث عن المبادىء المشتركة فى ثمان أنظمة قانونية(٣).

ومنذ إبرام هذا العقد، فإن هذا النوع من الشروط قد تم النص عليه فى العديد من عقود البترول المبرمة مع الدول المنتجة للبترول فى منطقة الشرق الأوسط. ففى إيران، تم النص على هذا الشرط فى العقد المبرم بين الشركة الوطنية الايرانية للبترول والشركة الإيطالية أجيب عام ١٩٥٧، حيث نصت المادة (٤٠) منه على أنه «نظرا لاختلاف جنسية أطراف هذا العقد، فإنه يجب أن يكون محكوما ومفسرا ومطبقا وفقا للمبادىء المشتركة فى إيران وإيطاليا. وفى حالة عدم وجود هذه المبادىء، وفقا للمبادىء العامة للقانون المعترف بها فى الأمم المتمدينة. وخصوصا المبادىء التى طبقتها المحاكم الدولية». وفى الكويت، فقد نصت المادة ٣٩ من العقد المبرم بينها وبين الشركة العربية للزيت (شركة يابانية) فى سنة ١٩٥٨ على أن «يكون العقد محكوما ومفسرا وفقا للمبادىء المشتركة فى الكويت واليابان، وفى حالة عدم وجود هذه المبادىء، وفقا لمبادىء القانون المعترف بها فى الأمم المتمدينة. وخصوصا المبادىء التى طبقتها المحاكم الدولية»(٤).

---

(١) انظر: Rev. Arb., 1956, P. 69.

(٢) انظر: EL - KOSHERI (A.S.), Le régime juridique ...., Op. Cit., P. 302; MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 82.

(٣) وهى القانون الايرانى، والقانون الفرنسى، والقانون الانجليزى، والقانون الهولندى، بالإضافة إلى قوانين الولايات الأربع التى تنتمى إليها الشركات الأمريكية الطرف فى العقد.

(٤) راجع: MUSTAPHA (M.), Op. Cit., PP. 83 - 84.

وفى مصر، تضمنت العديد من عقود البترول المبرمة بواسطة الحكومة والمؤسسة المصرية العامة للبترول - والتى سميت الهيئة فيما بعد - والشركات الأجنبية هذا النوع من الشروط.

ومن ذلك يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة بان أمريكان فى ٢٣ أكتوبر عام ١٩٦٣. فقد نصت المادة (٤٢) من هذا العقد على أنه «يقيم موقعوا هذه الاتفاقية العلاقات بينهم فيما يتعلق بهذه الاتفاقية على أسس من حسن الثقة وسلامة القصد وبالنسبة لاختلاف جنسية الأطراف فإن هذه الاتفاقية يجرى تنفيذها وتفسيرها وفقا للمبادىء القانونية المشتركة فى الجمهورية العربية المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية. وفى حالة عدم وجود هذه المبادىء المشتركة، يكون طبقا للمبادىء القانونية التى طبقتها المحاكم الدولية»(١).

ومن الجدير بالملاحظة أن هذه الشروط قد تثير عند تطبيقها صعوبات مؤكدة. إذ أنه من المؤكد أن مهمة المحكم ستكون صعبة فى ابراز المبادىء المشتركة فى الأنظمة القانونية المختلفة واجبة التطبيق. وخصوصا فى الفرض الذى تكون فيه الشركة الطرف فى العقد من الشركات المتعددة الجنسيات أو عندما يكون العقد مبرما مع أكثر من شركة أجنبية. وهذه الفروض ليست نادرة.

---

(١) وانظر أيضا العقد المبرم بين الأطراف فى ١٢ فبراير عام ١٩٦٤ (م ٤٢)، وأيضا: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة لسو الأمريكية فى ١٩٨٤/٨/٢٧ (م ٢١)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة كونوكو الأمريكية وشركة توتال الفرنسية فى ٢٢ فبراير عام ١٩٨٦ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة أمريكان انترناشيونال بتروليم الأمريكية علم ١٩٨٢ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركة شل وينتج الهولندية فى ٨ أبريل عام ١٩٨٤ (م ٢١). والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ... وشركتى كونوكو وبلاسيد الأمريكيتين، وشركة هيسانوزيل الأسبانية فى ٢٧ أغسطس عام ١٩٨٤ (م ٢٢).

غلى أية حال. فإن العقود التى أبرمت فى وقت لاحق لم تتضمن مثل هذا النوع من الشروط هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذه الشروط قد تم استبدال البعض منها بشروط تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على نحو ما سنرى فى البند التالى.

رابعا: الشروط التى تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة:

تضمنت العديد من عقود البترول شروطا تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. بيد أنه يمكن أن نميز فى داخل هذه الطائفة من العقود بين عدة أنواع:

١ - الشروط التى تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وحده.

ومن العقود التى تبنت هذا النوع من الشروط. العقود المبرمة بواسطة أندونيسيا. وفنزويلا ودول أمريكا اللاتينية الأخرى(١).

وقد سارت فى نفس الاتجاه العقود الثلاثة التى أبرمتها الشركة الوطنية الإيرانية للبترول مع الشركات الأمريكية واليابانية عام ١٩٧١. حيث أنها تضمنت شروطا تنص على أن يكون العقد محكوما ومفسرا طبقا للقوانين الإيرانية. ومما تجدر الإشارة إليه أنه فى عام ١٩٧٢. تم تعديل العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والشركة الإيطالية «أجيب» عام ١٩٥٨. والعقد المبرم بين نفس الشركة المذكورة والكونسرتيوم عام ١٩٥٤. وتضمن كل منهما شرطا يقضى بخضوع العقد الأصلى وملحقاته للقوانين الإيرانية(٢).

---

(١) انظر:

EL-KOSHERI (S.S.), le régime juridique ..., Op. Cit., P.306.

وانظر مع المزيد من التفاصيل:

MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 101 etSS; AIT CHAALAL (M.). Op. Cit., P. 126 etSS; HANDJANT (A.), Op. Cit., P. 38 etSS.

(٢) راجع فى ذلك:

VERGOPOULOS - MICHAÏL (A.), Op. Cit., P. 101-101

٢ - الشروط التى تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على بعض أوجه العقد، وتطبيق نظام قانونى آخر على الأوجه الأخرى. ونذكر فى هذا الخصوص المادة (٤) من اتفاق التحكيم المبرم بين السعودية وشركة أرامكو فى ٢٢ فبراير عام ١٩٥٥، والتى نصت على تطبيق القانون السعودى على المسائل التى تدخل فى الاختصاص السعودى، وتطبيق القانون الذى تحدده محكمة التحكيم بالنسبة للمسائل الأخرى. ويمكن أن نذكر أيضا المادة (٢٨) من العقد المبرم بين حكومة أثيوبيا والشركة الأمريكية Baruch - Foster فى أغسطس عام ١٩٦٦، والتى نصت على أنه «يكون القانون الأثيوبى هو الواجب التطبيق فى الأحوال التى ينص فيها العقد صراحة على ذلك، وفى غياب مثل هذا النص، يكون العقد محكوما ومفسرا طبقا للمبادىء المعترف بها عموما فى القانون الدولى»(١).

٣ - الشروط التى تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بصفة أساسية، وتطبيق المبادىء العامة للقانون بصفة احتياطية. ويمكن أن نذكر من ذلك المادة (٤٦) من العقد المبرم بين المؤسسة الجزائرية «سوناطراك» وشركة جيتى عام ١٩٦٨، والتى نصت على أن «تفصل محكمة التحكيم طبقا لقواعد القانون، وذلك على أساس النصوص القانونية واللائحية والاتفاقية النافذة. كما يجوز لها اللجوء إلى المبادىء العامة للقانون بصفة احتياطية»(٢).

٤ - الشروط التى تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بشرط عدم تعارض أحكام هذا القانون مع نصوص العقد. ولقد درجت عقود البترول المبرمة حديثا بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول والشركات الأجنبية على تبنى هذا النوع من الشروط. ويمكن أن نذكر، على سبيل المثال، العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة

---

(١) راجع:
LALIVE (J-F.), Contrats entre ...., Op. Cit., P. 75 etSS.
(٢) راجع: MUSTAPHA (M.), Op. Cit., P. 84.

للبترول وشركة بى بى بتروليم الأمريكية فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧، فقد نصت المادة (٢٢) من هذا العقد على أنه «يطبق القانون المصرى على النزاع، باستثناء أنه فى حالة أى خلاف بين القوانين المصرية ونصوص هذا الاتفاق (بما فى ذلك نص التحكيم) فإن نصوص هذه الاتفاقية هى التى تحكم»(١).

ويبدو لنا أن هذه الشروط تعد إعمالا لنظرية القانون الذاتى للعقد. فهذه الشروط شأنها شأن تلك التى تنص على أن يحكم العقد النصوص الواردة فيه مادام أن قانون الدولة المتعاقدة لا تنطبق أحكامه إلا بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع نصوص العقد.

وبالإضافة إلى كل ما تقدم، فإن هناك شروطا أخرى متفرقة يصعب إدراجها ضمن الطوائف السابق ذكرها، وذلك بسبب عدم دقة صياغتها وتناقضها. ومن هذه الشروط يمكن أن نذكر المادة (٤١) من العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والمؤسسة الفرنسية «إيراب» فى ١٣ ديسمبر عام ١٩٦٦، والتى نصت على أن «محكمة التحكيم أو المحكم الوحيد غير ملزم باحترام أية قاعدة قانونية معينة، بل يجوز له تأسيس حكم التحكيم على اعتبارات العدالة، ومبادىء القانون المعترف بها عموما، وبصفة خاصة القانون الدولى». فهذا النص يمنح المحكم سلطة الفصل فى النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف (أى سلطة التحكيم مع التفويض بالصلح)، كما أنه يجيز له تطبيق المبادىء العامة للقانون وكذلك القانون الدولى. كذلك أيضا المادة (٧٥) من العقد المبرم بين ليبيريا

---

(١) وانظر على سبيل المثال: العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة شل وينتج الهولندية فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ....، وشركة أيوك كوناك فى ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ....، وشركة أموكو الأمريكية فى ٢٩ ديسمبر عام ١٩٨٧ (م ٢٢)، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة ....، وشركة فيليبس بتروليم فى ٢ أغسطس عام ١٩٨٧ (م ٢٢).

وشركة Frontier Liberia Oil فى عام ١٩٧٥، والتى نصت على أن «يطبق المحكمون فى المقام الأول قانون ليبيريا، ومع ذلك يجوز لهم اللجوء إلى مبادىء القانون المعترف بها عموما، وكذلك اعتبارات العدالة»(١). وكذلك أيضا المادة (٣٥) من العقد المبرم بين شركة النفط العراقية والمؤسسة الفرنسية «إيراب» عام ١٩٦٨، والتى نصت على أن «تقوم محكمة التحكيم بالفصل فى أصل القضية طبقا لمبادىء العدالة وبالإستناد إلى المبادىء القانونية العامة المتعارف عليها».

نخلص مما تقدم إلى أن الممارسة التعاقدية لم تتخذ موقفا موحدا بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على عقود البترول، بحيث يمكن أن يستخلص منها نتائج واضحة وثابتة فى هذا الخصوص. فالشروط التعاقدية - على نحو ما رأينا - متنوعة ومتغيرة، كما أنها تتصف فى بعض الأحيان بعدم الوضوح والدقة فى الصياغة، بل والتناقض فى أحيان أخرى.

---

(١) راجع: LEDUCQ (X.), Op. Cit., P. 168 - 169

رأينا الخاص:

نرى من جانبنا أن القانون واجب التطبيق على عقود البترول هو القانون المختار صراحة من قبل الأطراف، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقود بصفة عامة، والذى يعد اليوم مبدأ مسلما به فى مجال التحكيم فى المعاملات الدولية الخاصة، كما نرى ضرورة أن ينحصر دور إرادة الأطراف فى اختيار قانون وطنى معين سواء أكان القانون المختار هو قانون الدولة المتعاقدة أو أى قانون وطنى آخر: حيث يبدو لنا أن هذا الحل يحقق الأمان القانونى الذى ينشده الأطراف.

فإذا كان من الصحيح أن الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وغالبية القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم تعطى للأطراف حرية مطلقة فى هذا الخصوص، وأنها قد استخدمت تعبير «قواعد القانون» بدلا من تعبير «القانون» مما يفيد أن للأطراف الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمى لقانون وطنى معين، مثل النص على تطبيق المبادىء العامة للقانون أو مبادىء القانون الدولى أو المبادىء المشتركة فى عدة أنظمة قانونية أو القانون التجارى الدولى، إلا أننا لا نؤيد الأخذ بمثل هذه الحلول، فإلى جانب الانتقادات التى وجهت إليها - على نحو ما رأينا - فإننا نرى أن اخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون أو لعادات التجارة أو غيرها من الحلول المماثلة ليس إلا إعمالا لنظرية العقد بدون قانون، وهذا يعنى فى الحقيقة إخضاع النزاع للسلطة التقديرية للمحكمين، وهو ما قد يفضى فى نهاية الأمر إلى التحكم والتعسف من جانبهم، بل وربما إلى حلول غير عادلة، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى: إذا رخصنا للأطراف والمحكمين احتياطيا اخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون أو لعادات التجارة أو لغيرها من الحلول المماثلة، فماذا تركنا للمحكم فى التحكيم بموجب قواعد العدل والانصاف لكى يقضى به فى النزاع المطروح عليه؟ وكيف يمكن التفرقة بين التحكيم

بموجب قواعد القانون والتحكيم بموجب قواعد العدل والانصاف؟! وما هى الفائدة أصلا من وجود هذا النوع الأخير من التحكيم إذا كان المحكم فى النوع الأول غير ملزم بأن يفصل فى النزاع طبقا للقواعد القانونية فى قانون وطنى معين؟!

إن ما يميز التحكيم بموجب قواعد القانون عن التحكيم بموجب قواعد العدل والانصاف هو أن المحكم فى النوع الأول يفصل فى النزاع طبقا لقواعد القانون. أى القواعد القانونية فى القانون الوطنى لدولة ما.

كما نرى أنه فى حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف، فإن على المحكمين تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وذلك إعمالا للمعايير المتبعة عادة فى إطار القانون الدولى الخاص لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود بصفة عامة فى حالة غياب قانون الإرادة.

فقانون الدولة المتعاقدة هو القانون الذى يرتبط به عقد البترول برابطة أكثر وثاقة عن غيره من القوانين الأخرى. إذ أن هذا العقد غالبا ما يتم إبرامه على إقليم الدولة المتعاقدة، وينفذ فى الجانب الأعظم منه على إقليم هذه الدولة. كما أن موضوعه هو استغلال مادة أولية تقع فى إقليم هذه الدولة. ومن ثم يمكن القول بأن قانون الدولة المتعاقدة يعد فى آن واحد قانون محل الابرام والتنفيذ وموقع المال.

وهكذا نجد أن الأخذ بنظرية التوطين الموضوعى للعقد يفضى حتما وفى جميع الأحوال إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة(١).

وقد أخذ بهذا الحل مجمع القانون الدولى فى التوصية التى أصدرها

---

(١) انظر فى نفس المعنى:

Mustapha (M.), Op. Cit., P. 98 et P. 107; Verhoeven (J.), Arbitrage entre États et entreprises étrangères: Des règles spécifique, Rev. Arb., 1985, P. 619, No. 9.

د. أحمد عشوش، المرجع السابق، ص ص ١٢٥ - ١٢٦؛ د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول ....، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

في دور انعقاده بأثينا في عام ١٩٧٩م. فقد نصت المادة الأولى من هذه التوصية على أن «تخضع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة. وفي حالة تخلف مثل هذا الاختيار تخضع للقواعد القانونية التي يرتبط بها العقد برابطة أكثر وثاقة».

كما نصت المادة الخامسة منها على أنه «في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف، فان اختيار القانون واجب التطبيق على العقد يتم بناء على المؤشرات التي تسمح بالكشف عن الرابطة الأكثر وثاقة بالعقد». وبإعمال هذين النصين على عقود البترول، يمكن القول بأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون واجب التطبيق على العقد في حالة عدم وجود شرط صريح مخالف، باعتبار أنه قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة أكثر وثاقة.

وقد أخذت بهذا الحل اتفاقية البنك الدولي لعام ١٩٦٥. فقد نصت المادة (٤٢) منها على أنه في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق «تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف في النزاع - بما في ذلك قواعد تنازع القوانين - وكذلك مبادىء القانون الدولي في هذا الخصوص». وإذا كان النص قد أشار إلى تطبيق مبادىء القانون الدولي غير أنه من المتفق عليه أن القانون واجب التطبيق بصفة رئيسية هو قانون الدولة المتعاقدة، وأن المحكمة لا تلجأ إلى هذه المبادىء إلا من أجل تكملة هذا القانون أو تفسيره أو استبعاده إذا اتضح لها أن أحكام هذا القانون تتجاهل هذه المبادىء التي تعد حمايتها أمرا لازما(١).

---

(١) انظر:

Goldman (B.), Le droit applicable selon ..., Op. Cit., P. 151; Jonathan (G.), Op. Cit., P. 467; Roulet (J.), Op. Cit., PP. 148 - 149.

د. أحمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص ٤٤٦، بند ٥١١، د. عصام الدين بسيم، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

ومن الجدير بالذكر أن بعض أحكام التحكيم قد اعترفت بأن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون واجب التطبيق فى حالة عدم وجود إتفاق مخالف من قبل الأطراف(١).

غير أن هذا الحل يواجه باعتراض أساسى يتمثل فى أنه يمكن الدولة من التحلل من التزاماتها التعاقدية بإرادتها المنفردة، وذلك من خلال ممارسة سلطتها فى تعديل قانونها الداخلى واجب التطبيق على العقد. وهو ما أعرب عنه الفقه المناصر لتدويل هذه العقود، وكذلك بعض أحكام التحكيم على نحو ما رأينا .

ويبدو لنا أن هذا الاعتراض غير مقبول، ذلك لأنه إذا كان من الصحيح أن سلطة الدولة فى تعديل قانونها تشكل خطرا على ضرورة توافر الأمان القانونى وتحقيق التوازن فى الالتزامات المتبادلة للأطراف، فإن هذا الخطر يظل قائما حتى عندما يكون القانون واجب التطبيق على العقد هو قانون داخلى آخر. وبناء عليه فإن استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يكفى لتفادى مشكلة المخاطر التشريعية(٢).

(١) راجع حكم التحكيم الصادر فى قضية أبى ظبى عام ١٩٥١، والحكم الصادر فى قضية قطر عام ١٩٥٣، والحكم الصادر فى قضية سافير عام ١٩٦٢، ص ٦٩٩، ص ٧٠٢، ص ٧٠٤، من هذه الدراسة، على التوالى.

(٢) فى نفس المعنى انظر:

Verhoeven (J.), Arbitrage entre ..., Op. Cit., P. 620, N⁰ 11.

خاتمة

تناولت فى هذه الدراسة العديد من الموضوعات المرتبطة بالتحكيم فى عقود البترول، وقد حاولت - على قدر استطاعتى - أن أعرض بشىء من التفصيل لكل مسألة من المسائل القانونية التى يثيرها نظام التحكيم موضوع الدراسة، خصوصا فى مرحلة الاتفاق على اللجوء إليه، ومرحلة الاجراءات.

وقد استهلت هذه الدراسة بباب تمهيدى خصصته للتعرف على عقود البترول، وبيان خصائصها. وقد قسمت هذا الباب إلى ثلاثة فصول. عرضت فى الفصل الأول منه لأطراف هذه العقود، وقد بان لنا أن هذه العقود غالبا ما تبرم بين إحدى الدول المنتجة للبترول أو إحدى شركاتها أو مؤسسات أو هيئاتها العامة، وإحدى الشركات الأجنبية العاملة فى هذا المجال. كما عرضت فيه للمحل الذى ترد عليه هذه العقود وأهميته، وتبين لنا كيف كانت أهمية البترول ومحاولة السيطرة عليه من جانب الدول الكبرى وراء الكثير من الأحداث فى منطقة الشرق الأوسط.

وعرضت فى الفصل الثانى للأشكال التعاقدية التى تتخذها عقود البترول. مبينا أن هذه العقود قد اتخذت فى بداية الأمر شكل عقد الامتياز، ثم ظهرت إلى الوجود بعد ذلك أشكال تعاقدية جديدة كعقود المشاركة، والمقاولة، واقتسام الانتاج. وقد تناولت عقود الامتياز موضحا أهم الخصائص التى كانت تتمتع بها، والظروف التى صاحبت إنشائها، وأهم التعديلات التى أدخلت عليها. ثم تناولت الأشكال التعاقدية الجديدة مبينا الخصائص المميزة لكل منها. وتبين لنا كيف كانت عقود الامتياز فى صورتها الأولى ظالمة ومجحفة للدول المنتجة، وأن الأشكال الجديدة قد استهدفت تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الدول المنتجة والشركات المتعاقدة معها.

وقد عرضت فى الفصل الثالث لأهم الحقوق والالتزامات التى تنشؤها عقود البترول أيا كان الشكل الذى تفرغ فيه. كما عرضت كذلك لأهم

الشروط التى تتضمنها، وبصفة خاصة شروط الثبات وعدم المساس، مبينا موقف الفقه وأحكام التحكيم من هذه الشروط، من حيث قيمتها القانونية والآثار التى تترتب عليها، وانتهيت إلى أن مشكلة هذه الشروط لا تكمن فى الاعتراف بصحتها بقدر ما تكمن فى مدى فعاليتها. فهذه الشروط لا تحول دون ممارسة الدولة لسلطتها التشريعية، وامتيازاتها كسلطة عامة. وأن الطرف الآخر ليس أمامه من سبيل سوى الحصول على التعويض الملائم سواء بطريق التفاوض أو بطريق التحكيم.

وقد استبان لنا من خلال دراسة هذه العقود أن هناك اتجاها عاما يكاد يغدو ظاهرة مشتركة هو الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها.

وقد تناولت المسائل القانونية التى يثيرها نظام التحكيم فى بابين: الأول: خصصته لدراسة المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، والثانى: خصصته لدراسة أهم مسألتين من المسائل التى تثور فى مرحلة الاجراءات. مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وتلك المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

وقد قسمت الباب الأول - المخصص لاتفاق التحكيم - لأربعة فصول. عرضت فى الفصل الأول لمسألة تحديد نوعية التحكيم المتفق عليه بشأن عقود البترول، مبينا أنواع التحكيم المختلفة. وخلصت من ذلك إلى أن الاتجاه السائد فى عقود البترول هو الأخذ بنظام التحكيم الحر، أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة. ومع هذا فهناك حالات عديدة يتفق فيها الأطراف على الأخذ بنظام التحكيم المؤسسى.

كما خلصت أيضا إلى أن القاعدة هى أن الأطراف يتفقون على الأخذ بنظام التحكيم طبقا لقواعد القانون، وإن كانت هناك حالات قليلة يتفق فيها الأطراف على الأخذ بالتحكيم وفقا لقواعد العدل والإنصاف. وبعد بحث معيار دولية التحكيم انتهيت إلى أن التحكيم فى عقود البترول يعد تحكيما دوليا خاصا، نظرا لكون موضوعه تسوية نزاع ناشىء عن عقد ذى طابع

دولى سواء بالتطبيق للمعيار الاقتصادى أو المعيار القانونى على النحو المقرر فى القانون الدولى الخاص.

وقد بحثت فى الفصل الثانى العلاقة بين اتفاق التحكيم وعقد البترول، وانتهيت من ذلك إلى أن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الوارد فيه أو المتعلق به يعد مبدأ مسلما به فى مجال التحكيم الدولى الخاص، نصت عليه التشريعات الوطنية الحديثة، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وأقرته أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات ذات الطابع الدولى بما فى ذلك أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الناشئة عن عقود البترول، وبينت أن هذا المبدأ يترتب عليه عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء مادام أن اتفاق التحكيم صحيح فى ذاته. ولا يستثنى من ذلك سوى حالة واحدة فقط هى الحالة التى يكون فيها العقد منعدما، ففى هذه الحالة لا يمكن القول باستقلال اتفاق التحكيم وعدم تأثره بما لحق العقد من انعدام. كما يترتب على هذا المبدأ أيضا إمكانية اخضاع اتفاق التحكيم لقانون يختلف عن ذلك الذى يخضع له العقد الوارد فيه أو المتعلق به.

وقد تناولت فى الفصل الثالث - على نحو تفصيلى - مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه، وقد قسمته إلى مبحثين: فعرضت فى المبحث الأول لمسألة القانون واجب التطبيق مبينا موقف الفقه والاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية وأحكام التحكيم بشأنها، وخلصت من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يتمثل فى الأخذ بقانون الارادة فى المقام الأول، وقانون الدولة مقر التحكيم فى المقام الثانى.

وفى أثناء ذلك، عرضت لموقف القضاء الفرنسى الذى يقرر صحة اتفاق التحكيم استقلالا عن كل قانون وطنى، كما عرضت لموقف بعض أحكام التحكيم التى استندت فى تقرير صحة اتفاق التحكيم إلى إرادة الأطراف المشتركة، وعادات التجارة والمبادىء العامة، دون الاستناد فى ذلك إلى قانون وطنى معين، ثم وجهت سهام النقد إلى هذا الاتجاه، مبينا مدى خطورته.

وقد عرضت فى المبحث الثانى لنطاق تطبيق هذا القانون، واستبان لنا أن هناك ثلاث مسائل تفلت من نطاق تطبيقه وهى: شكل اتفاق التحكيم، ومدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، وأهلية الأطراف فى الاتفاق على التحكيم.

وقد تناولت مسألة شكل اتفاق التحكيم مبينا موقف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، وتبين لنا أنه إذا كانت هذه الوثائق تشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، غير أنها لم تتطلب شكلا معينا فى الكتابة المطلوبة بحيث يجوز إبرام اتفاق التحكيم فى صورة اتفاق موقع عليه من الأطراف أو فى صورة شرط وارد فى العقد المتعلق به، أو فى رسائل أو برقيات متبادلة بينهم، أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة. ثم عرضت لمسألة القانون الذى يحكم شكل اتفاق التحكيم، وتبين لنا أن الاتجاه السائد يتمثل فى اخضاع شكل الاتفاق لقانون الدولة محل الابرام أو للقانون المختار من قبل الأطراف ليحكم الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق، مع اعطاء الأولوية لهذا القانون الأخير. فى حين أننا نفضل إخضاع شكل اتفاق التحكيم لقانون الدولة محل الإبرام لاعتبارات عملية تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره؛ إذ أن القانون الدولى الخاص فى الدولة مقر التحكيم أو الدولة المطلوب فيها التنفيذ يأخذ فى الغالب الأعم بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الإبرام.

كما تناولت مسألة قابلية النزاع للتحكيم، مبينا موقف الاتفاقيات الدولية، وخلصت من ذلك إلى أن لكل دولة حرية تحديد المسائل التى يجوز أو لا يجوز بشأنها الاتفاق على التحكيم. وعرضت للقانون واجب التطبيق على هذه المسألة، واتضح لنا أنها تخضع لقانونين فى آن واحد: القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم باعتبارها شرطا لصحة هذا الاتفاق، وقانون الدولة المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم باعتبارها شرطا لصحة حكم التحكيم.

كما تناولت أيضا مسألة أهلية الاتفاق على التحكيم، فعرضت لأهلية

الأشخاص الخاصة للتحكيم. وتبين لنا أن الاتجاه السائد يأخذ بنفس القاعدة التى تخضع لها أهلية التعاقد بصفة عامة والتى تقضى بخضوع الأهلية للقانون الشخصى. ثم عرضت على - نحو تفصيلى - لمسألة أهلية الدولة والأجهزة التابعة لها فى الاتفاق على التحكيم. مبينا موقف العديد من الدول فى هذا الشأن. واتضح لنا عدم وجود موقف موحد فى هذا الصدد. فمنها ما يقرر أهلية الدولة والأشخاص العامة فى الاتفاق على التحكيم. ومنها ما يحظر ذلك. كما عرضت للحالة التى تتفق فيها الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها على الرغم من الحظر المفروض عليها فى قانونها الداخلى. مبينا الحلول التى اقترحها الفقه. وتلك التي أخذ بها القضاء الفرنسى. وكذلك أحكام التحكيم. وخلصت من ذلك إلى أنه على الرغم من خضوع أهلية الدولة والأجهزة التابعة لها لقانونها الداخلى. إلا أنه أصبح من الأمور المستقرة أنه إذا اتفقت الدولة أو الجهاز التابع لها على اللجوء إلى التحكيم. فإنه لا يجوز لها بعد ذلك أن تتنصل من اتفاق التحكيم الذى أبرمته بدعوى أن قانونها الداخلى يحظر عليها الاتفاق على التحكيم.

وقد تعرضت فى الفصل الرابع لآثار اتفاق التحكيم. وقسمته إلى ثلاثة مباحث: تناولت فى المبحث الأول الأثر الإيجابى لاتفاق التحكيم ألا وهو اختصاص المحكمين بالفصل فى النزاع المتفق بشأنه على اللجوء إلى التحكيم. مبينا اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه عند المنازعة فيه. وانتهيت إلى أن اختصاص المحكم بالفصل فى اختصاصه أصبح مبدأ مسلما به فى مجال التحكيم الدولى الخاص. نصت عليه بعض الاتفاقيات الدولية. وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية. ومعظم القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم. كما طبقته أحكام التحكيم الصادرة فى إطار المعاملات الدولية الخاصة بما فى ذلك تلك الصادرة فى المنازعات الناشئة عن عقود البترول.

وتناولت فى المبحث الثانى الأثر السلبى لاتفاق التحكيم. مبينا أن القاعدة هى عدم اختصاص القضاء الوطنى بنظر المنازعات التى اتفق بشأنها على اللجوء إلى التحكيم. وأنه لا يشترط لإعمال هذه القاعدة سوى توافر

شرطين هما: أن يتمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع، وأن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقائما منتجا لآثاره. كما بينا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات. فهناك حالات معينة يتدخل فيها القضاء الوطنى سواء قبل البدء فى اجراءات التحكيم من أجل المساعدة فى تشكيل محكمة التحكيم. أو أثناء اجراءات التحكيم للمساعدة فى الحصول على الأدلة أو اتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية.

كما تناولت فى المبحث الثالث أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة. فعرضت لأثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية. وفرقت بين حالتين: الحالة التى تتمسك فيها الدولة بالحصانة القضائية أمام المحكمين. والحالة التى تتمسك فيها بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى. وانتهيت إلى أن الاتجاه السائد يتمثل فى عدم جواز تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام المحكمين: باعتبار أن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم يعد تنازلا منها عن الحصانة القضائية. فى حين ثار الخلاف فيما يتعلق بالتمسك بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى أثناء نظره بعض المسائل المتصلة بالتحكيم. وقد رجحت الرأى الذى يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة تنازل من قبل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطنى.

كما عرضت لأثر اتفاق التحكيم على الحصانة التنفيذية. وخلصت من ذلك إلى أن اتفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم لا أثر له على حصانتها التنفيذية. فالدولة تظل محتفظة بها على الرغم من اتفاقها على التحكيم. اللهم إلا إذا تنازلت عن هذه الحصانة صراحة أو ضمنا. وقد قدرنا أن قبول الدولة تطبيق قواعد تحكيم أو قانون وطنى يتضمن نصا يجيز للأطراف اللجوء إلى القضاء الوطنى لاتخاذ الاجراءات التحفظية، أو نصا يتعهد الأطراف بمقتضاه بتنفيذ حكم التحكيم. يعد بمثابة تنازل ضمنى عن حصانتها التنفيذية. كذلك الأمر عندما يتضمن اتفاق التحكيم نصا بهذا المعنى.

وقد خصصت الباب الثانى لدراسة القانون واجب التطبيق على

اجراءات التحكيم، وموضوع النزاع، وقد قسمته إلى فصلين: تناولت فى الفصل الأول مسألة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فعرضت فى المبحث الأول للاتجاهات السائدة فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق على اجراءات التحكيم بصفة عامة، مبينا موقف الفقه والاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والقوانين الوطنية. وخلصت من ذلك إلى أن الاتجاه السائد يعتد فى هذا الصدد بإردة الأطراف فى المقام الأول، مع الاعتراف للأطراف بحرية كبيرة بحيث يجوز لهم أن يصيغوا بأنفسهم فى اتفاق التحكيم القواعد الاجرائية واجبة الاتباع، أو أن يتفقوا على اتباع القواعد الاجرائية النافذة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة. أو أن يتفقوا على تطبيق قانون وطنى معين ولو لم يكن له أدنى صلة بعناصر التحكيم أو موضوع النزاع، وأثناء ذلك عرضت لمدى استقلال اجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية. وتبين لنا وجود اتجاهين: أحدهما: ينادى بضرورة خضوع اجراءات التحكيم لقانون وطنى معين، والآخر: ينادى بضرورة استقلال اجراءات التحكيم تجاه كل قانون وطنى. وفى داخل هذا الاتجاه الأخير ميزنا بين رأيين: الأول يرى خضوع إجراءات التحكيم للقانون الدولى العام، والثانى يرى خضوع اجراءات التحكيم لقواعد غير وطنية دون حاجة إلى الاستناد إلى قانون وطنى معين.

وعرضت فى المبحث الثانى لمدى انطباق هذه الاتجاهات على اجراءات التحكيم المتعلقة بعقود البترول، مبينا موقف الممارسة التعاقدية وأحكام التحكيم، وتبين لنا فيما يتعلق بالممارسة التعاقدية أن الأطراف غالبا ما يكتفون بالنص على بعض القواعد الاجرائية الأساسية السائدة فى مجال التحكيم، ثم بعد ذلك إما أن يتفقوا على تطبيق قانون وطنى معين أو يفوضوا المحكمين فى القيام بهذه المهمة. أما بالنسبة لأحكام التحكيم، فقد تبين لنا وجود اتجاهين: أحدهما يطبق قواعد القانون الدولى العام، والآخر يطبق قانون الدولة مقر التحكيم، ثم أعقبت ذلك كله برأينا الخاص معلنا فيه تأييد الاتجاه السائد فى اعتداده فى المقام الأول بإرادة الأطراف فى تحديد

القانون أو القواعد واجبة التطبيق على اجراءات التحكيم، ومبينا عدم قبول الاتجاه الذى يذهب إلى حد القول باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية واستنادها إلى إرادة الأطراف وحدها، وذلك الذى يرى خضوع اجراءات التحكيم للقانون الدولى العام، موضحا خطورة الأخذ بمثل هذا الاتجاه أو ذاك.

كما أعربت عن عدم تأييد الاتجاه السائد الذى يترك سلطة تحديد القواعد الاجرائية واجبة التطبيق للمحكمين أنفسهم فى حالة عدم وجود قواعد اجرائية مختارة من قبل الأطراف أو عدم كفايتها. وقدرت أن الحل الأفضل فى هذه الحالة يتمثل فى اخضاع اجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم على نحو ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨؛ نظرا لأن هذا الحل يحقق الأمان القانونى المطلوب للأطراف والذى لا يتوافر فى حالة ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمحكمين.

وقد تناولت فى الفصل الثانى مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث: فعرضت فى المبحث الأول للاتجاهات السائدة فى شأن تحديد القانون الذى يحكم موضوع النزاع بصفة عامة، وتبين لنا أن خضوع العقد لقانون الإرادة المستقلة يعد مبدأ مسلما به فى مجال التحكيم الدولى الخاص، نصت عليه الاتفاقات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والقوانين الوطنية الحديثة الصادرة بشأن التحكيم، وطبقته أحكام التحكيم. وقد رأينا أن هذا المبدأ ينطبق أيضا على العقود المبرمة بواسطة الدول والأجهزة التابعة لها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود البترول.

ثم عرضت لمدى سلطة المحكمين فى تحديد القانون الذى يحكم موضوع النزاع فى حالة غياب قانون الإرادة، وتبين لنا من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، والقوانين الوطنية الحديثة، أن هناك اتجاهين: أحدهما يلزم المحكمين بتحديد القانون واجب التطبيق بواسطة قاعدة تنازع القوانين التى يرونها مناسبة فى القضية،

والآخر يعطى للمحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق دون التزامهم باللجوء إلى قاعدة تنازع قوانين معينة.

كما تبين لنا من دراسة العديد من أحكام التحكيم أن المحكمين يلجأون - فى الغالب - إلى تطبيق قانون وطنى معين على موضوع النزاع، متبعين فى تحديده إحدى طرق ثلاث: إما طريقة التحديد المباشر وذلك بتطبيق القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع دون الاستناد فى ذلك إلى قاعدة تنازع قوانين فى بلد معين. وإما طريقة التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع، وإما اللجوء إلى المبادىء العامة فى القانون الدولى الخاص. وقد رأينا أنه لا مانع من استخدام هذه الطرق لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع الناشىء عن عقود البترول.

وتناولت فى المبحث الثانى للحلول الفقهية المقترحة بشأن القانون واجب التطبيق على عقود البترول، وتبين لنا وجود اتجاهات ثلاث:

الاتجاه الأول: ويتمثل فى اخضاع عقود البترول لقانون الدولة المتعاقدة. واستند أنصار هذا الاتجاه تارة إلى فكرة العقد الإدارى، وتارة ثانية إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بسيادة الدول على ثرواتها الطبيعية، وإنشاء نظام اقتصادى دولى جديد، وتلك المتعلقة بحقوق وواجبات الدول الاقتصادية، وتارة ثالثة إلى وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، وقد عرضت لهذا الاتجاه وأسانيده المتنوعة، وانتهيت من ذلك إلى عدم صحة البعض منها، وعدم صلاحية البعض الآخر، كأساس لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

أما الاتجاه الثانى: فيتمثل فى اخضاع العقد للقانون الدولى العام، واستند أنصار هذا الاتجاه تارة إلى قواعد القانون الدولى الخاص، وتارة ثانية إلى تشبيه العقد بالمعاهدة المبرمة بين الدول، وتارة أخيرة إلى اعتبار العقد تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد. وقد عرضت لهذا الاتجاه وأسانيده، وانتهيت إلى عدم صحة البعض منها وعدم صلاحية البعض الآخر كأساس لتطبيق القانون الدولى على هذا النوع من العقود.

وبالنسبة للاتجاه الثالث: فيتمثل فى اخضاع هذا النوع من العقود لنظام قانونى ثالث. بيد أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول تحديد المقصود بهذا النظام. فقد ذهب رأى منهم إلى القول بفكرة القانون الذاتى للعقد. وذهب رأى ثان إلى اخضاع العقد لقانون عبر الدول. وذهب رأى ثالث إلى اخضاع العقد للمبادىء العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة. وذهب رأى أخير إلى اخضاع العقد للقانون التجارى الدولى. وقد عرضت لهذه الآراء والانتقادات التى وجهت إليها. وانتهينا من ذلك كله إلى عدم وجود اتجاه فقهى ثابت وموحد بشأن القانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود.

وقد عرضت فى المبحث الثالث لموقف أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الناشئة بين الدول المنتجة أو الأجهزة العامة التابعة لها والشركات الأجنبية بمناسبة عقود البترول المبرمة بينهم. مبينا الحلول التى أخذ بها كل حكم من هذه الأحكام والأسس التى استند إليها. والانتقادات التى وجهت إليه. وخلصت من ذلك كله إلى عدم وجود اتجاه واضح وثابت بشأن القانون الذى يحكم هذه العقود.

كما عرضت أيضا للممارسة التعاقدية. مبينا تنوع الحلول التى نص عليها الأطراف فى عقود البترول واختلافها. وعدم الدقة فى صياغة الشروط المتعلقة بالقانون واجب التطبيق. وغموض البعض منها. واختلاف الفقه وكذلك المحكمين فى تفسيرها.

ثم أعقبت ذلك كله برأينا الخاص مؤكدا فيه على خضوع عقود البترول فى المقام الأول للقانون المختار بواسطة الأطراف أنفسهم. على أن ينصب هذا الاختيار على قانون وطنى معين سواء أكان القانون المختار هو قانون الدولة المتعاقدة ذاتها أو أى قانون وطنى آخر. مبينا المخاطر التى قد تنجم عن اتفاق الأطراف على الأخذ بأى من الحلول التى اقترحها الفقه مثل النص على تطبيق المبادىء العامة للقانون أو قانون عبر الدول أو القانون التجارى الدولى. إذ أن هذه الحلول ستفضى فى نهاية الأمر إلى

اخضاع النزاع للسلطة التقديرية للمحكمين. كما أكدت أيضا على أنه فى حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فى هذا الخصوص. تعين على المحكمين تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إعمالا لقواعد القانون الدولى الخاص التى تفضى إلى تطبيق قانون الدولة الأكثر اتصالا بالعقد. على نحو ما رأينا.

وأخيرا نود أن نطرح على أطراف هذه العقود بعض التوصيات التى ربما لو حرصوا على اتباعها لكان التحكيم وسيلة فعالة وعادلة فى تسوية المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم. ومن هذه التوصيات يمكن أن نذكر:

١ - بذل أقصى درجات العناية والحرص فى اعداد شرط التحكيم وصياغته. ذلك أن وجود بعض النقوص والثغرات فى مضمون شرط التحكيم وعدم الدقة فى صياغته يسمح من ناحية للطرف الذى لا يرغب فى التحكيم باتباع أساليب التسويف والمماطلة مما يجعل من التحكيم وسيلة غير فعالة فى حل النزاع. ومن ناحية أخرى يفتح الباب أمام المحكمين للوصول إلى نتائج ربما تكون غير عادلة.

٢ - تحديد نوع التحكيم. وخصوصا ما إذا كان سيتم اللجوء إلى نظام التحكيم الحر أو نظام التحكيم المؤسسى. وإذا كان لدى الأطراف النية فى الأخذ بنظام التحكيم المؤسسى فيجب عليهم أن يكونوا على دراية كافية بقواعد التحكيم المعمول بها لدى المركز أو الهيئة التى يتفق على أن يجرى التحكيم تحت رعايتها. ولعل ذلك كان دافعا لأن أعرض بقدر المستطاع لموقف قواعد التحكيم النافذة لدى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة الكبرى فى كل مسألة من المسائل التى عرضنا لها.

٣ - يجب على الأطراف حسن اختيار المحكمين. بحيث تتوافر لدى المحكم المختار الكفاءة والخبرة والأهم من ذلك كله الاستقامة والحيدة. نظرا لما رأيناه طوال هذه الدراسة من تعسف وتحكم من جانب بعض المحكمين فى الحلول التى انتهوا إليها فى المنازعات التى فصلوا فيها.

٤ - أن يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق على اتفاق

التحكيم والذى يحكم الشروط الموضوعية اللازمة لصحة هذا الاتفاق .حتى يلتزم المحكم أو القاضى - حسب الأحوال - بتطبيقه عند نظر أى منهما للمنازعة فى وجود أو صحة هذا الاتفاق، خصوصا بعد أن رأينا أن بعض أحكام التحكيم قد استندت إلى إرادة الأطراف وحدها أو عادات التجارة والمبادىء العامة للقانون لتقرير صحة اتفاق التحكيم دون الأخذ فى الاعتبار أى قانون وطنى معين.

٥ - أن يحرص الأطراف على أن تتوافر فى اتفاق التحكيم الشروط الشكلية التى يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم، أو قانون الدولة محل الإبرام وخصوصا الشروط الشكلية التى يتطلبها القانون الأخير. بعد أن رأينا أن القانون الدولى الخاص فى الدولة مقر التحكيم أو المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم ينص فى الغالب على الأخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون الدولة محل الابرام.

٦ - أن يتفق الأطراف على المكان الذى يجب أن يتم فيه التحكيم حتى لا يترك تحديد هذا المكان لاختيار المحكمين. على أن يتم اختيار مكان التحكيم بعناية شديدة نظرا لأهمية النتائج التى تترتب على هذا الاختيار. إذ أن قانون هذه الدولة هو الذى يحكم اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته فى حالة غياب قانون الإرادة. كما أن هذا القانون هو الذى يحكم اجراءات التحكيم بما فى ذلك تشكيل محكمة التحكيم فى حالة عدم وجود قواعد مختارة من قبل الأطراف طبقا لاتفاقية نيويورك عام ١٩٥٠. هذا بالإضافة إلى أن المحاكم القضائية فى الدولة مقر التحكيم هى التى تتدخل لنظر بعض المسائل المتصلة بالتحكيم على نحو ما رأينا. كما أنها تختص بنظر الطعن فى حكم التحكيم بعد صدوره. ولعل ذلك كان دافعا لأن أعرض أثناء هذه الدراسة لموقف بعض القوانين الوطنية فى الدول التى يحتمل أن تكون محل اختيار من قبل الأطراف كمقر للتحكيم مثل سويسرا وفرنسا.

٧ - أن يتفق الأطراف صراحة على القانون واجب التطبيق على

اجراءات التحكيم حتى يكون النظام الاجرائى للتحكيم معروفا منذ البداية. فإذا لم يبين الأطراف القانون الذى يحكم أجراءات التحكيم، كان للمحكمين سلطة تحديد هذا القانون، وقد رأينا فيما سبق كيف تعسف بعض المحكمين فى استخدام هذه السلطة.

٨ - أن يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون وطنى معين ليحكم موضوع النزاع، بعبارات واضحة ودقيقة بحيث لا تحتمل أى تأويل، سواء أكان القانون المختار قانون الدولة المتعاقدة أو أى قانون وطنى آخر. وذلك بدلا من ترك هذه المسألة للتعسف أو التحكم من قبل المحكمين.

٩ - أخيرا على الدولة المتعاقدة والأجهزة التابعة لها أن تحترم تعهداتها والتزاماتها التعاقدية، خصوصا فيما يتعلق بشرط التحكيم، وألا تتبع أساليب التسويف والمماطلة بأن تدعى عدم صحة اتفاق التحكيم إستنادا إلى عدم أهليتها فى الاتفاق على اللجوء إليه، أو أن تدفع بالحصانة القضائية أمام المحكمين أو القضاء الوطنى أثناء نظره لبعض المسائل المتصلة بالتحكيم. إذ يبدو لنا أن هذه الأساليب تفقد الدولة مصداقيتها فى تعاملها مع الشركات الأجنبية المستثمرة. وعلى المعنيين بابرام هذه العقود مراعاة الاجراءات والأشكال التى يوجب القانون الداخلى اتباعها عند إبرام هذه العقود. وأن يكون فريق المفاوضين على قدر كبير من الخبرة والكفاءة لإبرامها، وأن يستعينوا برجل القانون المتخصص عند تحرير شرط التحكيم.

هذا وبالله التوفيق، وعليه قصد السبيل، فإن كنت قد أصبت فمن الله، وإن كنت قد أخطأت فمن نفسى.

"ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين".

"وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين"

قائمة المراجع

أولا: الكتب:

١ - كتب باللغة العربية:

د. إبراهيم أحمد إبراهيم:
- التحكيم الدولى الخاص، دار النهضة العربية، الطبعةالثانية، عام ١٩٩٧.
- القانون الدولى الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩١ - ١٩٩٢.
- القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، الإختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

د. إبراهيم العنانى:
- اللجوء إلى التحكيم الدولى، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى، ١٩٧٢

د. أبو زيد رضوان:
- الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، ١٩٨١.

د. أحمد أبو الوفا:
- التحكيم الاختيارى والاجبارى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨.

د. أحمد عبدالحميد عشوش:
- النظام القانونى للاتفاقيات البترولية فى البلاد العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.

د. أحمد عبدالكريم سلامة:
- نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

د. أحمد محمد رفعت:
- القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

د. ثروت بدوى:
- النظرية العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.

د. ثروت حبيب:
- دراسة فى قانون التجارة الدولية «مع الإهتمام بالبيوع الدولية»، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ١٩٧٤.

د. حسن عطية الله:
- سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة فى القانون الدولى للتنمية الإقتصادية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

د. حفيظة السيد الحداد:
- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانونى الحاكم لها، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعى بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- مدى إختصاص القضاء الوطنى باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية فى المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعى بالإسكندرية، ١٩٩٦.
- الموجز فى القانون القضائى الخاص الدولى، دار الفكر الجامعى بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

د. خلاف عبدالجابر خلاف:
- إحتكار أجهزة النفط التنظيمية والأزمة الراهنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

د. راشد البراوى:
- ثورة البترول فى أفريقيا، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.

د. سامية راشد:
- التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
- التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصرى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦.
- دور التحكيم فى تدويل العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

د. سعد علام:

- موسوعة التشريعات البترولية للدول العربية، منطقة الخليج، الدوحة - قطر، الطبعة الأولى، ١٩٧٨.

د. سليمان محمد الطماوي:

- الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.

- مبادىء القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.

د. عبدالباري أحمد عبدالباري:

- النظام القانوني لعمليات البترول، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هجرية، بدون دار نشر.

د. عبدالحميد الأحدب:

- النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية، مؤسسة نوفل، الطبعة الأولى، ١٩٨٢.

د. عبدالفتاح عبدالباقي:

- نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤، بدون دار نشر.

د. عزالدين عبدالله:

- القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦.

د. عصام الدين القصبي:

- خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

د. عصام الدين بسيم:

- النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، ١٩٧٢.

د. عوض الله شيبة الحمد المراغي:

- عقود المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة، دراسة تطبيقية على العقود المصرية والأجنبية في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

د. فتحي والي:

- الوسيط في قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية، ١٩٨١.

د. فؤاد عبدالمنعم رياض، د. سامية راشد:

- الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

- الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

د. فوزي محمد سامي:

- التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، جامعة عمان الأهلية، ١٩٩٢.

د. فيليب جيسوب:

- قانون عبر الدول: القانون الدولي في أبعاد جديدة، ترجمة د. إبراهيم شحاته، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٦٦.

د. محسن شفيق:

- التحكيم التجاري الدولي، محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣ - ١٩٧٤.

د. محمد طلعت الغنيمي:

- الوسيط في قانون السلام، القانون الدولي العام أو قانون الأمم في زمن السلم، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢.

د. محمد لبيب شقير، د. صاحب ذهب:
- اتفاقيات وعقود البترول فى البلاد العربية، الجزء الأول، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، ١٩٦٩.

د. محمد نور شحاته:
- النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين - نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

د. محمود حلمى:
- العقد الإدارى، دار الفكر العربى، الطبعة الثانية، ١٩٧٧.

د. محمود محمد حافظ:
- نظرية المرفق العام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٦٤، بدون دار نشر.

د. محمود محمد هاشم:
- النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول: اتفاق التحكيم (دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامى)، دار الفكر العربى، ١٩٩٠.

د. مختار أحمد بريرى:
- التحكيم التجارى الدولى، دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

د. مصطفى خليل:
- تطور الصراع نحو السيطرة على البترول العالمى، الكتاب الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٠.

د. ناريمان عبدالقادر:
- اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.

د. هشام على صادق:

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.
- تنازع القوانين، دراسة مقارنة فى المبادىء العامة والحلول الوضعية المقررة فى التشريع المصرى. منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢.
- النظام العربى لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية. منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٧.

يوسف عبدالهادى الاكيابى:

- النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص. ١٩٨٩، بدون ناشر.

٢ - كتب باللغة الفرنسية:

BARTIN (E.):

- **Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence Françaises. Paris, 1930.**

BÉGUIN (**Jacques**):

- **L'Arbitrage commercial interntaional. Les éditions yvon Blais inc, 1987.**

BERNARD (**Alfred**):

- **L'Arbitrage volontaire en droit Privé. L.G.D.. Paris. 1937.**

BENCHIKH (**Madjid**):

- **Les instruments juridiques de la politique Algérienne des Hydrocarbures, L.G.D.J., Paris, 1973.**

BOISSESON (**Matthieu de**):

- **Le droit Français de l'arbitrage interne et international, Joly, 1991.**

CARABIBER (Charl):

- L'Arbitrage international de droit Privé, L.G.D.J., Paris, 1960.

DAVID (René):

- L'Arbitrage dans le commerce international, économica, Paris, 1982.

EL-AHDAB (Abdul Hamid):

- L'Arbitrage dans les pays arabes, économica, Paris, 1988.

EL-SAYED (M.), L'organisation des Pays exportateurs de Pétrole, Paris, L.G.D.J., 1967.

FOUCHARD (Philippe):

- L'Arbitrage Commercail international, Dalloz, Paris, 1965.

FOUSTOUCOS (Anghelos C.):

- L'Arbitrage interne et international en droit privé Hellenique, librairie techniques, Paris, 1976.

HUYS (Marcel) et KEUTGEN (Guy):

- L'Arbitrage en droit Belge et international, Bruylant, Bruxelles, 1981.

KASSIS (Antoine):

- Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J., Paris, 1984.

KLEIN (Fréderic - Edouard):

- Considérations sur l'arbitrage en droit international Privé, Bâle, 1955.

LALIVE (P.), POUDRET (J.F.) et REYMOND (C.):

- Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, payot, Lausanne, 1989.

LEBOULANGER (Philippe):

- Les contrats entre États et entreprises étrangères, économica, 1985.

LOQUIN (Eric):

- L'Amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, librairies techniques, 1980.

LOUSSOUARN (Yvon) et BREDIN (Jean - Denis):

- Droit du commerce international, Sirey, 1969.

MOTULSKY (Henri):

- Écrits, Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974.

- NIBOYET (J.P.):

- Traité de droit international privé Français, Tome VI, le conflit des juridictions, Sirey, 1950.

RIDEAU (Joel):

- L'Arbitrage international (public et commercial), librairie Armand colin, Paris, 1969.

ROBERT (Jean):

- L'Arbitrage, Droit interne, Droit international privé, Dalloz, 5e édition, 1983, 6e édition, 1993.

ثانيا: الرسائل:

١ - رسائل باللغة العربية:

د. عبدالرحيم محمد سعيد:

- النظام القانونى لعقود البترول، رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة.

د. على رمضان على بركات:
- خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

د. محمد محسوب عبدالمجيد درويش:
- نشأة وتطور قانون التجارة الدولى «دراسة تاريخية»، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

د. هشام محمد أحمد خالد:
- عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه، وطرق تسوية المنازعات التى تثور بشأنه، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٩٨٦.

٢ - رسائل باللغة الفرنسية:

AIT CHAALAL (Mohamed Said):
- Pays producteurs de pétrole ompagnies internationales. Thèse, Lausanne, 1977.

BERLIN (Dominique):
- Le régime juridique international des accords entre États et ressortissants d'autres États, Thèse, Paris I, 1981.

BETTEMS (Denis):
- Les contrats entre États et personnes privées étrangères, Droit applicable et responsabilité international, Thèse, Lausanne, 1988.

CHAMY (Edouard):
L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes, Thèse, Paris 1, 1985.

EL-GOHARY (Mohammed Fahmy):

- L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme, «Le teleologie et la philosophie de l'arbitrage», Thèse, Rennes, 1982.

EL-KOSHERI (Ahmed Sadek):

- La notion de contrat international, Thèse Rennes, 1962.

HANDJANT (Ali.):

- Les arbitrages entre les États et les sociétés pétrolières, mémoire pour le Diplôme d'Études supérieures de droit public, Paris I, 1975.

HASSAN (Ashraf. Wafa. Mohamed):

- Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, Thèse, Bourgogne, 1997.

IBRAHIM (Youssef. Ali):

- Contrats internationaux d'État et responsabilité contractuelle au regard du droit international public, Thèse, Nice, 1985.

LEDUCQ (Xavier):

- Les accords de développement économique conclus entre un partenaire étatique et une entreprise privée étrangère, Thèse, Rouen, 1981.

MUSTAPHA (Mohamed):

- Les aspects juridiques des rapports entre États producteurs de pétrole et compagnies pétrolières étrangères, Thèse, Paris II, 1971.

RUBELLIN - DÉVICHI (Jacqueline):

- Essai sur la Nature de l'arbitrage, Thèse, Lyon, 1964.

VERGOPOULOS - MICHAÏL (Alexandre):

- Problèmes relatifs à l'arbitrage en matière d'investissements privés internationaux, Thèse, Paris II, 1978.

ZAHI (Amor):

- L'État et l'arbitrage. étude comparée principalement du droit des États Arabes. Thèse, Obleans, 1979.

ثالثا: المقالات:

١ - مقالات باللغة العربية:

د. إبراهيم أحمد إبراهيم:

- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولى، عدد ٣٧، ١٩٨١، ص ١٠.
- دولية التحكيم فى القانون المصرى مقارنا بالاتجاهات القانونية المعاصرة، بحث مقدم إلى المؤتمر الثانى للتحكيم التجارى الدولى الذى عقد بفندق هيلتون رمسيس فى ١/٧/١٩٩٥.

د. أحمد الخريجى:

- اشتراك الدولة فى إدارة الامتياز البترولى، بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربى السادس - بغداد، ١٩٦٧.

د. أحمد شرف الدين:

- التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فى قانون التحكيم الجديد (معيار التمييز وأهميته) بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم الذى عقد فى شيراتون القاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، وكذلك مؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.

د. أحمد صادق القشيرى:

- الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٢١ عام ١٩٦٥، ص ٦٣.

د. أحمد قسمت الجداوى:

- تنازع القوانين فى شأن قابلية النزاع للتحكيم. بحث مقدم إلى المؤتمر الذى عقد فى شيراتون بالقاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، وكذلك مؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.

د. أكثم الخولى:

- الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد، مؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، وكذلك مؤتمر التحكيم الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ١٧ مارس ١٩٩٥.

د. ثروت بدوى:

- المعيار المميز للعقد الإدارى. مجلة القانون والإقتصاد، السنة ٢٧ - العددان الأول والثانى - مارس ويونيه ١٩٥٧، ص ١١٥.

د. سعد علام:

- شرط التحكيم فى اتفاقيات البترول بالبلاد العربية بين الإبقاء والإلغاء، بحث مقدم للمؤتمر السابع لاتحاد المحامين العرب، بغداد، ديسمبر عام ١٩٦٤.

- نحو استثمار الدولة لبترولها بنفسها، مؤتمر البترول العربى السادس، بغداد، ١٩٦٧.

- تطور التشريعات والاتفاقيات البترولية المصرية، مجلة البترول - المجلد ٢٣ - العدد الرابع، ابريل ١٩٨٦، ص ٢٧.

د. سمير الشرقاوى:

- مفهوم الدولية والتجارية وفقا للقانون المصرى الجديد للتحكيم، مؤتمر التحكيم الذى عقد فى شيراتون بالقاهرة فى الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، ومؤتمر التحكيم التجارى الدولى الذى عقد بالقاهرة فى الفترة من ٢٥ - ٢٧ مارس ١٩٩٥.

د. عبدالبارى أحمد عبدالبارى:
دور منظمة الدول المصدرة للبترول فى حماية مصالح الدول الأعضاء فيها، مجلة الاقتصاد والإدارة التى تصدر عن مركز البحوث والتنمية بكلية الإقتصاد والإدارة - جامعة الملك عبدالعزيز - العدد الثانى، محرم ١٣٩٦ هجرية، ص ٤٥.

د. عزالدين عبدالله:
- تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٧١، سنة ١٩٧٩، ص ٥.

د. عصام الدين القصبى:
- النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولى الاتفاقى والقانون المقارن، بحث مقدم إلى المؤتمر الثانى للتحكيم التجارى الدولى والذى عقد بفندق هيلتون رمسيس فى ١٩٩٥/٧/١.

د. محمد أحمد المنصورى:
- نظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية، بحث مقدم إلى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط الذى انعقد بالقاهرة فى يناير ١٩٨٩.

د. محمد طلعت الغنيمى:
- شرط التحكيم فى اتفاقات البترول، مجلة الحقوق - السنة العاشرة - العدد الأول والثانى، ١٩٦٠/١٩٦١، ص ٥.
- تغير الأوضاع وعقد الإمتياز البترولى، مؤتمر البترول العربى السادس، بغداد، ١٩٦٧.

د. محمد يوسف علوان:
- الاتجاهات الحديثة فى العقود الإقتصادية الدولية، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العدد الحادى عشر والثانى عشر، السنة ٢٤، سنة ١٩٧٦، ص ١٧٩٥.

أ. نبيل أحمد سعيد:
- الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولى كعقد إدارى، مؤتمر البترول العربى الخامس، القاهرة، مارس ١٩٦٥.

٢ - مقالات باللغة الفرنسية:

AUDIT (Bernard):

- L'arbitrage transnational et les contrats d'État; Academie de droit international de la Haye, centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, 1987, P. 23.

BASTID (Suzanne):

- Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'ARAMCO, A.F.D.I.; 1961, P. 300.
- L'arbitrage international, J-CL, Dr. Int., fasc., 245 etSS.

BATIFFOL (Henri):

- L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb. 1957, P. 110.
- La sentence Aramco et le droit international privé, Rev. Crit., 1964, 647.

BELLET (Pierre) et MEZGER (Ernst):

- L'arbitrage international dans le nouveau code de procedure civile, Rev. crit. 1981, P. 611.

BERTIN (Philippe):

- L'intervention des juridictions au cours de la procedure arbitrale, Rev. Arb. 1982, P. 331.

BOGOUSLAVSKY:

- L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères, colloque unidroit, Rome. 1976. P. 307.

BOISSESON (Matthieu de):

- Intérrogations et doutes sur une évolution législative: L'article 9 de la loi du 19 Août 1986. Rev. Arb. 1987. P. 3.

BOURDIN (Rene):

- La convention d'arbitrage international en droit Français depuis le décret du 12 Mai 1981, D.P.A.I., P. 11.

BOUREL (Pierre):

- Arbitrage international et immunités des États étrangers. À Propos d'une Jurisprudence récente., Rev. Arb. 1982., P. 119.

BRUNS (R.) et MOTULSKY (H.):

- Tendances et perspectives de l'arbitrage international, R.I.D.C., 1957, P. 717.

BUDIN (Roger):

- La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international, Rev. Arb., 1988, P. 51.

BURDEAU (Genevieve):

- Droit international et contrats d'État. la sentence Aminoil C. Kouit du 24 Mars 1982. A.F.D.I., 1982, P. 454.

CAPATINA (Octavian):

- L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire international, clunet, 1984, P. 549.

CARABIBER (Charl):

L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers, Recueil des cours, 1950, P. 221.

- Le concept des immunités de juridiction doit - il être revisé et dans quel sens? clunet, 1952, P. 440.

Chronique sur un arrêt. Rev. Arb., 1966, P. 93.

- L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des États et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire inserée dans un contrat de droit privé, Rev. Arb. 1967, P. 49.

COHEN (Daniel):

- La soumission de l'arbitrage international à la loi Française, Commentaire de l'article 1495 NCPC; Rev. Arb. 1991, P. 155.

COUCHEZ (Gerard):

- Référé et arbitrage, Rev. Arb., 1986, P. 155.

CRAWFORD (J.):

- Les États et L'exécution des sentences arbitrales dans les droits Amécricain et Anglais, Rev. Arb. 1985, P. 689.

CREMADES (B.):

- L'espagne étrenne une nouvelle loi sur l'arbitrage, Rev. Arb., 1989, P. 189.

- D'ario moura vicente: L'évolution récente du droit de l'arbitrage au portugal, Rev. Arb., 1991, P. 434.

DAVID (Nicolas):

- Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers, question d'une praticien, clunet, 1986. P. 79.

DEHAUSSY (J.):

- Arbitrage (droit international public), Dalloz, répertoire de droit international, tome I, 1968, P. 134.

DELAUME (Georges. R.):

- Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, R.B.D.I., 1968, P. 336.

- Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), clunet 1982, P. 775.

- L'arbitrage transnational et les tribunaux Nationaux, clunet 1984, P. 521.

- Le CIRDI et L'immunité des États, Rev. Arb. 1983, P. 143.

DERAINS (Yves):

- L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, Rev. Arb., 1972, P. 99.

- Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb. 1973, P. 122.

- L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev. Arb. 1986, P. 375.

- Détermination de la lex contractus, Les Dossiers de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, 1986, P. 7.

- Sources et domaine d'application du droit Français de l'arbitrage international, Droit et pratique de l'arbitrage international en Frence, FEDUCI, Paris, 1984, P. 1.

DEVAUX - CHARBONNEL (Jean):

- L'accord pétrolier Franco - iranien conclu le 27 Août 1966 entre la société National iranienne des pétroles (S.N.P.) et le groupe de l'entreprise de recherches et d'activités pétrolières (E.R.A.P.), A.F.D.I., 1966, P. 798.

DROUILLAT (Rene):

- L'intervention du juge dans la procedure arbitrale (de la clause compromissoire a la sentence), Rev. Arb. 1980, P. 253.

EISEMANN (Frederic):

- La situation actuelle de l arbitrage commercial international entre États ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, Rev. Arb., 1975. P. 279.

ELIAN (George):

- Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, recueil des cours, 1976, P. 1.

EL - AHDAB (Abdul Hamid):

- La nouvelle loi sur l'arbitrage de l'État des Emirats arabes unis, Rev. Arb. 1993, P. 229.

- L'arbitrage en arabie saoudite sous le régime de la nouvelle loi de 1983 et de son décret d'application de 1985. Rev. Arb., 1986, P. 541.

EL - KOSHERI (Ahmed Sadek):

- Le régime juridique crée par les accords de participation dans le domaine pétrolier, Recueil des cours, 1975. P. 219.

- Stabilité et évolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation, le contrat économique international, travaux des VIIes Journées d'études juridiques, jean Dabin, Paris, pédone 1975, P. 285

FEUER (Guy):

- Les Nations unies et le nouvel ordre juridique économique international, clunet 1977, P. 606.

FLAMME:

- L'arbitrage dans les rapports entre personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1966. P. 85.

FORSSIUS (G.):

- L'indépendance de la clause compromissoire en droit Suedois, Rev. Arb., 1955, P. 16.

FOUCHARD (Philippe):

- L'autonomie de l'arbitrage commercial international, Rev. Arb. 1965, P. 99.
- Quand un arbitrage est - il international?, Rev. Arb. 1970, P. 59.
- L'arbitrage ELF - Aquitaine iran. C/National iranian oil company; une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage, Rev. Arb., 1984, P. 333.
- La coopération du président du tribunal de grande instance `a l'arbitrage, Rev. Arb., 1985, P. 5.
- La loi - type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, clunet 1987, P. 861.
- L'arbitrage international en France après le décret du 12 Mai 1981, clunet 1982, P. 374.
- Le règlement d'arbitrage, clunet 1979, P. 816.
- Les usages, L'arbitre et le juge. À propos de quelques récents arrets Français, le droit des relations économiques internationales, études offertes `a Berthold Goldman, Paris, litec, 1982, P. 67.
- Arbitrage commercial international, J-CI, droit international, fasc 585-1, Procedure Civil, Fasc 1050.
- L'État face aux usages du commerce international, T.C.F.D.I.P., 1973 - 1975, P. 71.

FOUSSARD (Dominique):

- L'arbitrage en droit administratif, Rev. Arb., 1990, P. 3.

FOUSTOUCOS (Anghelos C.):

- L'arbitrage international en Grèce, Rev. Arb. 1987, P. 23.

FRAGISTAS (Ch. N.):

- Arbitrage étranger et Arbitrage international en droit privé, Rev. Crit. 1960, P. 1.

FRANCESCAKIS (Ph.):

- Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après L'arrêt Hecht de la cour de cassation, Rev. Arb., 1974, P. 67.

GAILLARD (Emmannuel):

- Arbitrage commercial international, J-CL. Dr.Int, fasc 586-8-1, proce. Civ, fasc 1068-1.

GIULIANO (Mario):

- La loi applicable aux contrats; problèmes Choisis, Recueil des cours, 1977, P. 193.

GOLDMAN (Berthold):

- La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international, Rev. Arb. 1981, P. 469.
- Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des cours, 1963, P. 349.
- Une Bataille judiciaire autour de la lex mercatoria, L'Affaire Norsolor, Rev. Arb. 1983, P. 379.
- Frontières du droit et «Lex mercatoria», Archives de philosophie du droit, 1964, P. 177.
- La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, Réalité et perspectives, clunet, 1979, P. 475.

- Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., du 19 Mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, L'ouvrage collective dans l'investissements étrangers et l'arbitrage entre États et personnes privées, Paris, pédone, 1969, P. 133.

- Règles de conflit, Règles d'application immédiate et Règles matérielles dans L'arbitrage commercial international, travaux du comité Francais de droit international privé, 1966 - 1969, Dalloz, 1970, P. 119.

- Arbitrage (droit international privé), Dalloz, Répertiore de droit international, P. 111.

- Arbitrage commercial international, J-Cl, droit international, Fasc 586-1, Procedure civile, Fasc. 1054.

HOLTZMANN (H. M.):

- L'arbitrage et les tribunaux: Des associés dans un système de justice international, Rev. Arb., 1978, P. 253.

ISSAD (Mohamd):

- L'arbitrage en Algérie, Rev. Arb. 1977, P. 223.

- Le décret législatif Algérien du 23 Avril 1993 relatif à l'arbitrage international, Rev. Arb. 1993, P. 377.

JACQUET (Jean - Michel):

- L'État, opérateur du commerce international, clunet 1989, P. 621.

JARVIN (Sigvard):

- La loi - Type de la C.N.U.D.C.I., sur l'arbitrage commercial international, Rev. Arb. 1986, P. 509.

JIMENEZ DE ARECHAGA (E.):

- L'arbitrage entre les États et les sociétés privées, étrangères. Mélanges en l'Honneur de Gilbert Gidle, Sirey, Paris, 1961. P. 467.

JOLY (Francoise):

- Le règlement d'arbitrage international de l'Association Américaine d'Arbitrage. Rev. Arb. 1993, P. 401.

JONATHAN (Gerard Cohen):

L'arbitrage texaco - calasiatic contre gouvernement libyen (sentence au fond du 19 Janvier 1977), A.F.D.I., 1977, P. 452.

KAHN (Philippe):

- Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage, Colloque juridique international, 1968, P. 179.
- Contrats d'État et Nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars clunet 1982, P. 844.
- Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: L'expérience Française, le contrat économique international, travaux des VII Journés d'études juidiques, Jean - Dabin. Paris, Pédone, 1975, P. 171.
- Souveraineté de l'État et règlement du litige, Régime Juridique du contrat d'État, Rev. Arb. 1985, P. 641.
- Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concepte unique ou pluralisme des ordres juridiques?, le droit des relations économiques internationales. études offertes à Berthold Goldman. Paris, litec. 1982. P. 79.

KARRER (P. A.):

- Les rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale R.D.A.I., 1989, P. 761.

KLEIN (Frederic - Edouard):

- Du caractère autonome de la clause compromissoire notamment en matière d'arbitrage international, Rev. Crit., 1961, P. 499.

- Du caractère autonome et procedural de la clause compromissoire. Dissociation de la nullité de cette clause de celle du contrat principal., Rev. Arb. 1961, P. 48.

- Autonomie de la volonté et Arbitrage, Rev. Crit., 1958. P. 255.

- La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Rev. Crit., 1962. P. 621.

- La nouvelle réglementation Française de L'arbitrage international et les lois suisses, revue de travaux de suisse, 1984, P. 57.

- L'arbitrage international de droit Privé «Réalité et perspective», A.S.D.I., 1963, P. 41.

KNOEPFLER (F.) et SCHWEIZER (Ph.):

- Les mesures Provisoire et L'rbitrage, Revue de travaux de Suisse, 1984, P. 221.

KOPELMANAS (Lazare):

- La place de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 12 Avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage, A.F.D.I., 1961, P. 331.

- Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international, R.T.D.C., 1957, P. 879.

LAGARDE (Paul):

- Approche critique de la lex mercatoria, le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 125.

LALIVE (Jean - Flavien):

- Un récent arbitrage Suisse entre un organisme d'État et une société privée étrangère (Sapphire international petroleums limited. C/National iranian oil company), A.S.D.I.. 1962, P. 273.

- Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux Sociétés privées étrangères (Arbitrage texaco - Calasiatic C/Gouvernement libyen), Clunet, 1977, P. 319.

- Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents, Recueil des cours, 1983, P. 19.

LALIVE (Pierre) et GAILLARD (Emmanuel):

- Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse, clunet 1989, P, 905.

LALIVE (Pierre):

- L'État en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissements conclus avec des sociétés privées étrangères, colloque unidroit, Rome, 1977, P. 317.

- Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siegéant en Suisse, Rev. Arb. 1976, P. 155.

- Ordre public transnational (ou réallement international) et arbitrage international, Rev. Arb. 1986, P. 329.

MANTILLA - SERRANO:

La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage. Rev. Arb.. 1992. P. 47.

- L'influence des clauses arbitrales, R.B.D.I., 1975, P. 570.
- Problèmes relatifs à L'arbitrage commercial international, Recueil des cours, 1967, P. 573.

LEVEL (Patrice):
- La procedure arbitrale, Droit et pratique de l'arbitrage international en France, Feduci 1984, P. 51.
- Le contrat dit sans loi, travaux du comité Français de droit international privé, 1964 - 1966, Paris, Dalloz, 1967, P. 209.

LEW (Julian D. M.):
- La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, le contrat économique international, travaux des VII[es] journees d'études juridiques jean Dabin, Paris, Pédone, 1975, P. 151.

- LOGIE (J. A. R.):
- Les contrats pétroliers iraniens, R.B.D.I., 1965, P. 392.

LOQUIN (Eric):
- L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international, les dossiers de l'institut du droit et des pratiques des affaries internationales, 1986, P. 67.
- Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, Clunet 1983, P. 293.

LOUSSOUARN (Yvon):
- L'État commerçant et la compétence juridictionnelle internationale, Mélanges offerts à Kollewijn et offerhaus, 1962, P. 318.

MARCHAIS (Bernard):

- Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage C.I.R.D.I., Droit et pratique du commerce international, 1988, P. 273.

MAYER (Pierre):

- La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État, Clunet, 1986, P. 5.
- Le mythe de L'ordre juridique de base (ou grundlegung), le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 199.
- L'autonomie de l'arbitre international dans L'appréciation de sa propre compétence, Recueil des cours, 1989, P. 325.

MENDEZ (Fransisco Ramos):

- Arbitrage international et mesures conservatoires, Rev. arb. 1985, P. 51.

MESTRE (Achille):

- Les établissements publics industriels et commerciaux et le recours à l'arbitrage, l'apport de l'Art. 7 de la loi 75 - 596 du 9 Juillet 1975, Rev. Arb. 1976, P. 3.

MEZGER (Ernest):

- Compétence - Compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la convention dite européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961. Mélanges Minoli, 1974, P. 315.

La jurisprudence Française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé, Mélanges offerts à jacques Maury, 1960, P. 273.

MEZGHANI (Ali):

- Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage, Rev. Arb., 1985, P. 543.

MOTULSKY (Henri):

- L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public, Rev. Arb. 1956, P. 38.
- La capacité de compromettre des établissements publics à caractère commercial. À propos de l'arrêt «Société National de vente des surplus», Rev. Arb. 1958, P. 39.
- L'évolution récente en matière d'arbitrage international, Rev. Arb. 1959, P. 3.
- L'internationalisation du droit Français de l'arbitrage, Rev. Arb. 1963, P. 110.

PALLIERI (Balladore):

- L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Recueil des cours, 1935, P. 291.

RAMBAUD (Patrick):

- Un arbitrage pétrolier, la sentence liamco, A.F.D.I., 1980, P. 274.
- Arbitrage, concession et Nationalisation, quelques observations sur la sentence B.P., A.F.D.I., 1981, P. 222.

REYMOND (Claude):

- Problèmes actuels de l'arbitrage commercial international, Revue économique et sociale, 1982, P. 5.
- Souveraineté de l'État et participation à l'rbitrage, Rev. Arb. 1985, P. 517.

- Le nouveau droit Suisse de l'arbitrage international, R.D.A.I., 1989, P. 741.

- La nouvelle loi Suisse et le droit de l'arbitrage international. Réflexions de droit comparé, Rev. Arb. 1989, P. 385.

RIAD (Fouad):

- L'entreprise publique et semi - publique en droit international privé, Recueil des cours, 1963, P. 561.

- Les contrats de développement et arbitrage international, Rev. Eg. Vol 42, 1986, P. 253.

RIGAUX (Francois):

- Des dieux et des heros, Réflexions sur une sentence arbitrale, Rev. Crit., 1978, P. 435.

- Souveraineté des États et arbitrage transnational. le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman. Paris, Litec, 1982, P. 261.

RIVERO (Jean):

- Personnes morales de droit Public et arbitrage. Rev. Arb., 1973, P. 263.

ROBERT (Jean) et MOREAU (B.):

- Arbitrage international, Dalloz, Procedure civile. 31 Août 1989. P 1 etSS.

ROULET (Jean - David):

- La convention du 18 Mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. A.S.D.I., 1965, P. 121.

SANDERS (Pieter):

- La convention de New - York, union international des avocats, 1960, P. 292.

- Vingt années de la convention de New - York de 1958, D.P.C.I., 1979, p. 359.
- Aspects de l'arbitrage international, R.D.I.D.C., 1979, P. 129.
- L'intervention du juge dans la procedure arbitrale (de la clause compromissoire a la Sentence), Rev. Arb., 1980, P. 238.
- L'autonomie de la clause compromissoire, Hommage à F. Eisemann, liber Amicorum, chambre de commerce international, Publication, N° 321, 1978, P. 31.

SAUSER - HALL (George):

- L'arbitrage en droit international privé, A.I.D.I., 1952, Tome I, P. 522 et; 1957, Tome II, P. 394.

STERN (Brigitte):

- Trois arbitrages, un même problème, trois solutions, les Nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international, Rev. Arb. 1980, P. 3.

STORME (M.):

- L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1978, P. 113.

TERKI (Nour - Eddine):

- L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev. Arb. 1990, P. 585.
- L'arbitrage et l'entreprise publique en Afrique du nord, R.D.I.D.C., 1989, P. 124.

THUILLEAUX (Sabine):

- La loi de 1986 sur l'arbitrage au Quebec: au regard de la loi Française sur l'arbitrage R.D.A.I., 1988, P. 905.

TOMASI (Albert):

- L'arbitrage en Allemagne, Rev. Arb., 1962, P. 78.

TSCHANZ (Pierre - Yves):

- La convention d'arbitrage, R.D.A.I., 1989, P. 749.
- Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international, R.D.A.I., 1988, P. 437.

VAN COMPERNOLLE (J.):

- L'arbitrage dans les relations commerciales internationales: Question de procedure, R.D.I.D.C., 1989, P. 101.

VAN DEN BERG (Albert J.):

- L'arbitrage commercial en Amérique latine, Rev. Arb., 1979, P. 123.

VAN HOUTTE (H.):

- La loi applicable à l'arbitrage commercial international, R.D.I.D.C., 1980, P. 285.

VEDEL:

- Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1961, P. 116.

VERHOEVEN (Joe):

- Arbitrage entre États et entreprises étrangères: Des règles spécifiques?, Rev. Arb., 1985, P. 609.
- Droit international des contrats et droit des gens (À propos de la sentence rendue le 19 Janvier 1977 en l'affaire california asiatic oil company et texaco overseas oil company C/État libyen), R.B.D.I., 1978-1979, P. 209.

Contrats entre États et ressortissants d'autre États, le contrat économique international, travaux des VII^es Journées d'études juridiques, jean Dabin, Paris, pédone, 1975, P. 115.

VIRALLY (Michel):

- Un tiers droit? réflexions théoriques, le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P. 373.

WALDE (Thomas):

- Stabilité du contrat, règlement des litiges et renegociation mécanismes en faveur d'une communauté d'intérêts dans la coopération internationale pour le développement des ressources minérales, Rev. Arb., 1981, P. 203.

WEIL (Prosper):

- Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, Recueil des cours, 1969, P. 95.
- Droit international et contrats d'État, Mélanges offerts à paul Reuter, Paris, Pédone 1981, P. 549.
- Principes généraux du droit et contrats d'État, le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, P 387

WENGLER (Wilhelm):

- Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, Rev. Crit., 1982, P. 467.
- Les accords entre États et entreprises étrangères sont - ils des traités de droit international?, R.G.D.I.P., 1972, P. 313.

٣ - مقالات باللغة الانجليزية:

LORD MAC NAIR:

- The general principles of law recognized by civilized Nations, B.Y.I.L,. 1957, 33, P. 1

MANN (F.A.):

- The proper law of contracts concluded By international persons, B.Y.I.L., 1959, 35, P. 34.

SERENI (Angelo piero):

- International economic institions and the municipal of states, Recueil des cours, 1959, Tome I, P. 133.

أهم المختصرات الأجنبية
(ABREVIATIONS)

A.F.D.I: Annuaire Français de droit international.

A.I.D.I.: Annuaire de l'institut de droit international.

A.S.D.I. : Annuaire suisse de droit international.

B.Y.B.I.L.: British yearbook of international Law.

B.I.R.D.: Banque international pour la reconstruction et le Développement.,

Cass. Civ.: Cour de Cassation, Chambre Civile.

C.C.I.: Chambre de commerce internationale.

C.I.J.: Cour international de Justice.

Clunet: Journal du droit international.

C.N.U.D.I.: Commission des Nations unies Pour le droit commercial international.

C.P.J.I.: Cour permanente de justice internationale.

D.P.A.I.F.: Droit et pratique de l'arbitrage international en France.

D.P.C.I.: Droit et pratique du commerce international.

FASC.: Fascule.

I.L.R.: International law reports.

Ibid: Ibidem (الهامش السابق)

J C I . dr. int..: Juris-classeur, droit international.

J.C.P.: Juris classeur périodique: La semaine juridique.

J.D.A.I.: Journal du droit des Affaires internationales.

L.G.D.: Librairie générale de droit.

L.G.D.J.: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Obs.: Observation.

Rev. Arb.: Revue d'Arbitrage.

R.B.D.I.: Revue Belge de droit international.

Rev. Crit.: Revue critique de droit international privé.

Rev. Eg.: Revue Egyptienne de droit international.

R.E.S.: Revue économique et sociale.

Recueil des cours: de l'academie de droit international de la Haye.

R.D.A.I.: Revue du droit des Affaires internationales.

R.D.I.D.C.: Revue de droit international et de droit comparé.

R.G.D.I.P.: Revue générale de droit international Public.

R.I.D.C.: Revue internationale de droit comparé.

R.T.D.C.: Revue trimestrielle de droit commercial.

R.T.S.: Revue de travaux de suisse.

T.C.F.D.I.P.: Travaux du comité Français de droit international privé.

Trib. gr. inst.: Tribunal de grande instance.

الفهرس

رقم الايداع ١٩٢٦/٢٠٠٠
الترقيم الدولى I.S.B.N.
977--04-2869-8

